

**Christian Carvalho Caum**

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS**

**Curitiba  
2004**

**Christian Carvalho Caum**

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.  
Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Ângela Cássia Costaldello.

**Curitiba**  
**08 de dezembro de 2004**

## TERMO DE APROVAÇÃO

### RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISIDICIONAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, no curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADORA:

  
Prof.ª Ângela Cássia Costaldello

  
Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho

  
Prof.ª Ana Claudia Finger

Curitiba, 08 de dezembro de 2004

## **DEDICATÓRIA**

Dedico o presente trabalho àqueles que, como eu, acreditam no país e em suas instituições e que sabem que um futuro digno e próspero depende fundamentalmente do respeito a ambos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a concepção, realização e concretização deste trabalho.

À minha família, pela compreensão e suporte.

À minha noiva, pelo tempo tomado, pela paciência e pela dedicação.

Aos meus amigos e colegas, pelo auxílio nos momentos necessários.

À memória de minha mãe, Maria Elisabete, que motivou e encheu minha vida de alegria e esperança.

A Deus, Senhor e Salvador, fonte inesgotável de amor e paz.

“Reconhecer que todos, inclusive o Estado, devem estar submetidos à lei e à Constituição é voltar-se para a construção de um verdadeiro Estado Constitucional e Democrático de Direito.”

**ZULMAR FACHIN**

## SUMÁRIO

RESUMO.....	08
RÉSUMÉ.....	09
1. INTRODUÇÃO .....	10
2. TRATAMENTO JURÍDICO DO TEMA: A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS E A PROBLEMÁTICA DA DEFINIÇÃO.....	12
Capítulo I DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
Seção I Abordagem da responsabilidade civil em seu aspecto histórico .....	14
Subseção I Direito Romano e Pré-Romano.....	14
Subseção II Direito Medieval e Moderno.....	17
Subseção III Direito Contemporâneo.....	18
Seção II Elementos básicos .....	21
Subseção I Dano .....	21
Subseção II Conduta.....	23
Subseção III Nexo de causalidade .....	25
Subseção IV Os elementos acidentais culpa e risco .....	27
Seção III Da problemática da transposição do conceito e da denominação para o Direito Público.....	31
Subseção I Responsabilidade civil x Responsabilidade extracontratual .....	33
Subseção II Responsabilidade civil x Responsabilidade patrimonial .....	34
Subseção III Denominação empregável no Direito Público e sua relevância.....	35
Capítulo II DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	37
Seção I Análise histórica .....	37
Subseção I Das teorias da irresponsabilidade .....	37
Subseção II Das teorias civilistas .....	39
Subseção III Das teorias publicistas .....	42
Seção II Elementos do instituto jurídico à luz do Direito Público.....	53
Subseção I Dano indenizável .....	54
Subseção II Conduta comissiva ou omissiva qualificada .....	56
Subseção III Nexo de causalidade e verificação .....	60

Subseção IV A culpa, o risco e suas incidências.....	62
Seção III Excludentes da responsabilidade do Estado.....	64
Subseção I Caso fortuito ou força maior .....	65
Subseção II Culpa exclusiva da vítima.....	68
Subseção III Culpa atribuível exclusivamente a terceiro.....	70
Seção IV Responsabilidade do Estado no Direito Positivo brasileiro.....	72
Subseção I Breve análise histórica dos ordenamentos jurídicos nacionais .....	72
Subseção II Responsabilidade subjetiva x Responsabilidade objetiva .....	75
Subseção III O conteúdo do art. 37, § 6º. da Constituição Federal de 1988 e do art. 43 do Código Civil de 2002 e o tratamento doutrinário e jurisprudencial .....	76
Capítulo III RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS ....	81
Seção I Abordagem teórica do tema .....	82
Subseção I Introdução histórica.....	82
Subseção II Teorias contrárias e favoráveis à responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais.....	86
Subseção III Elementos para verificação da incidência de responsabilidade.....	90
Seção II Abordagem analítica do tema.....	91
Subseção I Espécies de responsabilidade do Estado-Juiz.....	92
Subseção II Elementos objetivos e subjetivos da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais .....	98
Subseção III Excludentes da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais .....	101
Subseção IV Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais no Brasil e no Direito Comparado .....	103
Seção III Abordagem crítica do tema.....	105
Subseção I Da capacidade processual dos entes e dos agentes públicos .....	105
Subseção II Da problemática da aplicação do instituto nos diversos tipos de provimentos jurisdicionais.....	109
Subseção III Da verificação da aplicabilidade do instituto da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais na jurisprudência e sua análise.....	115
3. CONCLUSÕES SOBRE O TEMA .....	141
4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	143



## RESUMO

Estudo acadêmico das teorias acerca das hipóteses de responsabilização do ente estatal na prática dos atos de jurisdição que causam dano aos direitos subjetivos dos particulares, com enfoque nas teorias atuais sobre o tema, partindo da análise histórica e sistêmica do Direito Privado (Civil) e sua transposição ao campo do Direito Público (Administrativo, sobretudo), atravessando a compreensão do instituto da responsabilidade estatal à luz das teorias publicistas, procurando dar subsídio e fundamento para a compreensão da doutrina e jurisprudência existente atualmente no Brasil e nos demais países que possuem semelhante pensamento doutrinário e jurisprudencial. Ponderação analítica e crítica sobre os diversos pontos teóricos relacionados ao assunto, com a visão da relevância dos mesmos na concepção geral de uma abordagem qualitativa do processo de responsabilidade do Estado pela prática de suas atividades de cunho jurisdicional. Ampara-se em literatura e jurisprudência ligadas ao assunto tratado, procurando exhibir e inferir o posicionamento atual do estudo, sem olvidar demonstrar através de um panorama histórico as origens do instituto da responsabilidade estatal e o enfoque específico sobre os atos jurisdicionais.

Palavras-chave: responsabilidade, Estado, responsabilização, jurisdição, magistrado

## RÉSUMÉ

Étude académique des théories d'au sujet des hypothèses du responsabilité de l'État étant dans le pratique des actes de juridiction qui endommagent les droites subjectives de les particulières, avec l'approche dans les théories courantes sur le sujet, lancement de l'analyse historique et systémique à l'intérieur de le Droit Privé (Civile) et sa transposition au champ de le Droit Public (Administratif, au-dessus de tout), croisant la compréhension de l'institut de la responsabilité d'État à la lumière des théories publicistes, recherche donnant la subvention et l'argument pour l'appréhension de la doctrine et jurisprudence existante actuellement au Brésil et dans les pays qui ont les mêmes doctrinaux et jurisprudence pensée. Équilibre analytique et critique sur les points théoriques relatifs divers du sujet, avec la vision de la pertinence de la même dans la conception générale d'embarquer qualitatif du processus de la responsabilité d'État de la pratique de son activité juridictionnelle. Elle est soutenue en littérature et sur la jurisprudence liée au sujet traité, recherchant montrer et impliquer le positionnement actuel de l'étude, sans oubliez de démontrer par une paysage historique les origines de l'institut de la responsabilité d'État et l'approche spécifique sur les actes juridictionnels.

Mots-clés: responsabilité, État, responsabilization, juridiction, magistrat

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho se destina a examinar a responsabilidade do Estado quando pratica uma de suas funções básicas que é a de prover jurisdição. Como tal função é de exclusividade do Poder Público, foge de comparação com quaisquer atos praticados pelos particulares que ensejam responsabilização no campo civil. Abrange este estudo toda a parte histórica desde sua concepção civilista de irresponsabilidade até a posição mais moderna de responsabilidade objetiva nos casos em que a reparação do dano se baseia na adoção da teoria do risco (administrativo ou integral).

A natureza deste estudo é eminentemente publicista, pois o tema da responsabilidade estatal é assunto a ser focado à luz do Direito Público. Sua relevância é a de delimitar o âmbito e o alcance dos Poderes do Estado, divididos na estrutura atual segundo a teoria da divisão dos poderes formulada por Montesquieu, enfatizando o exame do Poder Judiciário e mais especificamente dos atos daqueles que diretamente exercem a função jurisdicional, os magistrados.

Tem como escopo tal análise o conhecimento e aprofundamento das soluções teóricas e práticas para a ocorrência de danos aos direitos subjetivos dos particulares quando em confronto com a atividade jurisdicional, procurando-se sopesar os valores envolvidos e visualizando qual deve prevalecer no caso concreto e qual deve ser o objeto da reparação, se esta for possível e viável. Deste modo, o assunto é tratado de modo neutro, com um método indutivo e ao mesmo tempo dedutivo, sem deixar de lado o caráter crítico, iniciando-se na origem do instituto no Direito Privado e finalizando-se na compreensão de sua amplitude doutrinária e jurisprudencial, permitindo uma compreensão do motivo pelo qual se encontra formulada da maneira atual e de como pode ser encarado no futuro.

Sendo assim, o processo de análise do tema foi dividido em três partes: da responsabilidade civil, da responsabilidade estatal e da responsabilidade estatal por

atos jurisdicionais. Na primeira parte, visualiza-se o início, o gênese do instituto, pela observação histórica, exame dos elementos gerais da responsabilidade civil (como apresentados no Direito Privado) e a necessidade da transposição do enfoque privatístico para o publicístico ante as peculiaridades do tema. É de grande importância a visualização desta origem para se estudar corretamente a responsabilidade estatal, visto que as obras sobre o assunto geralmente se esquecem de perquirir sobre qual alicerce está fundada a estrutura atual, procurando olhar o mesmo somente como a estrutura se mostra, impedindo ao estudioso do Direito a crítica ao modelo implantado e a busca por outro de formação mais sólida.

A segunda parte já é a superação da primeira, a suplementação do modelo privatístico e a construção do modelo publicístico próprio do Direito Administrativo, alcançado na França de forma plena pelas particularidades da estrutura judicial deste país, como se expõe neste trabalho, porém também possível em nosso país. Analisa-se aí o contexto histórico também, de fundamental relevância para a compreensão da problemática atual, bem como os elementos próprios da responsabilidade estatal e como esta se apresenta no país e em suas legislações. Tem um caráter introdutório ao tema específico dos atos jurisdicionais, possibilitando o tratamento destes de modo mais célere e sem necessidade de abstração aos conteúdos teóricos novamente, trazendo dinamismo ao estudo aqui trazido.

E, por fim, na terceira parte, o tema é tratado de forma particular, baseado na doutrina e jurisprudência atual, centrando a discussão na atuação do Estado em “dizer o Direito”, quais as conseqüências da atuação lesiva nesta atividade e em que amplitude o Poder Público pode ser responsável pelo exercício da função jurisdicional. A discussão é interessante, está se iniciando na doutrina, e se encontra em fase embrionária ainda na jurisprudência, tanto no Brasil quanto em outros países, necessitando de abstração teórica a respeito capaz de solucionar os conflitos e equilibrar a relação entre Estado e administrado (ou jurisdicionado, neste caso).

## 2. TRATAMENTO JURÍDICO DO TEMA: A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS E A PROBLEMÁTICA DA DEFINIÇÃO

Ao iniciar o estudo e o tratamento do tema aqui abordado no seu aspecto jurídico, ou seja, tentando delinear qual a forma que o mesmo apresenta no sistema jurídico e quais as soluções dadas por este para a resolução dos conflitos sociais, é de se constatar com evidência a especificidade, e ao mesmo tempo a abrangência, com que analisa tal tema a doutrina e a jurisprudência existente a respeito.

Isto se deve principalmente ao caráter interdisciplinar do tema ora apresentado, pois concomitantemente se utilizam conceitos e elementos do Direito Público e Privado, entrando na seara do Direito Civil e Processual Civil, Penal e Processual Penal, Constitucional e Administrativo, a princípio, podendo também ser incito a outras áreas quando necessário, como no Direito do Trabalho, no Direito Internacional Público ou Privado, no Direito Financeiro e Tributário, bem como no Direito Comercial, pelos reflexos que podem surgir de eventual decisão jurisdicional no âmbito destas disciplinas, dando a noção da abrangência que pode ter este estudo e também da sua especificidade, pois tais disciplinas não se atêm a esta análise.

Da mesma forma, é necessária grande atenção quando da utilização das regras deste instituto para não extrapolar a área de sua aplicação, pois se relaciona com princípios de certa rigidez no sistema jurídico como o da coisa julgada, da independência da magistratura, da separação dos Poderes, do *neminem laedere*, que demonstram também a especificidade com que a responsabilização do Estado por atos jurisdicionais deve ser versada. Embasando tal especificidade, expõe JAIR EDUARDO SANTANA<sup>1</sup>: “O tema responsabilidade se faz presente tanto em Direito Público como em Direito Privado. Mas os traços tipificadores do instituto são em muito diversos conforme esteja numa ou noutra seara de conhecimento.”

---

<sup>1</sup> SANTANA, Jair Eduardo. *Direito Administrativo*, p. 151.

Nesta análise inicial também cumpre destacar que se apresenta ao jurista a problemática da definição precisa dos conceitos empregados, principalmente devido ao exposto acima, ou seja, a interpenetração de disciplinas para focar o assunto, que acaba por gerar teorias e abordagens diversas dependendo do ponto de vista adotado pelo estudioso do Direito. Neste passo, cabe destacar as palavras do jurista CHARLES DEBBASCH<sup>2</sup>: “Apesar da autonomia dos dois sistemas de responsabilidade, as soluções do Direito Administrativo e do Direito Civil tornaram-se muito próximas, porque encontram um fundamento comum que é o intuito de assegurar a melhor abordagem possível para se reparar a vítima de um dano.” Deste modo, vislumbra-se que é necessário embasamento teórico de ambas as disciplinas para tratar o tema conceitualmente, porém evitando-se confusões.

Cabe a este estudo, assim, a tarefa de analisar os conceitos empregados quanto ao tema da responsabilidade do Estado e a forma como os mesmos se traduzem no tocante aos atos jurisdicionais, isto após expurgar-se o tema do âmbito do Direito Privado. Assim, vale observar o estudo de como se originou o instituto da responsabilidade nesta seara do Direito e como foi eliminado da mesma para atender especificamente aos entes públicos, para em seguida poder-se abordar a matéria com o embasamento necessário.

---

<sup>2</sup> DEBBASCH, Charles. *Institutions et droit administratifs*, p. 374.

## **Capítulo I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

### **Seção I – Abordagem da responsabilidade civil em seu aspecto histórico**

A observação do histórico do instituto jurídico da responsabilidade civil se presta a analisar sua evolução e as teorias empregáveis nos diversos momentos históricos da Humanidade, bem como explicar o motivo pelo qual se delineou de diversas formas anteriormente e porque se apresenta atualmente de maneira diversa no Direito Público e no Privado.

#### **Subseção I – Direito Pré-Romano e Romano**

A análise histórica do instituto da responsabilidade civil deve ser iniciada através do tratamento dado à matéria no Direito Romano, origem da maioria dos institutos jurídicos de Direito Privado hoje existentes, assim como da própria responsabilidade civil.

Nas civilizações pré-romanas a noção de responsabilidade se encontra ligada à de vingança privada, ou seja, o pagamento do mal causado com o próprio mal, vinculada tal responsabilidade a uma *poena* imposta à pessoa do acusado, conforme denotam GAGLIANO e PAMPLONA FILHO<sup>3</sup>: “De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido”. Tal idéia persiste nesta fase inicial do Direito Romano, não havendo desvinculação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

---

<sup>3</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*, p. 10. No mesmo sentido: MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade Civil*, p. 3.

Compreensível para este estudo deve ser a idéia de que o Direito Romano é o precursor no pensamento do instituto da responsabilidade civil pois, como indica o jurista CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA<sup>4</sup>, “O estudo da responsabilidade civil não se detém nestes sistemas, porque, se historicamente todas as nações se entrecruzam, é o Direito Romano que oferece subsídios a qualquer elaboração jurídica, porque, de um modo ou de outro, foi a sabedoria romana que permitiu a criação do substrato essencial da formação dos sistemas que, nestes dois mil anos de civilização cristã, vicejam no que se denomina civilização jurídica ocidental, que eu sempre qualifiquei de romano-cristã.” Portanto, confirma-se o que fora antes relatado, a respeito da necessidade de se estudar o histórico do instituto, pois o Direito Romano se mostra como fonte doutrinária para a abstração e meditação no assunto.

A noção inicial presente no Direito Romano também foi a da vingança privada, sem separação entre a responsabilidade civil e a penal, introduzida pela Lei das XII Tábuas (Tabula VII, Lei 2ª.: *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio est*). A respeito, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA<sup>5</sup> informa: “Não chegaram os jurisconsultos romanos a substituir totalmente a vingança privada por uma norma geral definidora da responsabilidade civil (Raymond Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, vol. II, nº 41). Jamais distinguiram completamente a pena da reparação, ou da idéia de punição e, conseqüentemente, trataram como idéias consímiles a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal.” Note-se que tal pensamento subsiste ainda na sociedade, no entanto mais intensamente no plano moral do que no plano jurídico.

Posteriormente, ainda na Lei das XII Tábuas houve evolução no sentido de permitir-se a composição entre vítima e causador do dano, através do pagamento de uma quantia em dinheiro ou outros bens, a fim de se evitar a aplicação da pena de Talião. Tal fase é chamada de fase da composição tarifada, porque a própria Lei determinava qual o valor/tarifa a ser pago nos casos concretos para cada tipo de

---

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade Civil*, p. 2.

<sup>5</sup> Op. cit., p. 3.



dano. Aí se observa, embora embrionariamente, o início da separação entre a responsabilidade civil e a penal.

Vale observar, contudo, que, mesmo dispondo a Lei sobre o valor a ser pago, não há um princípio geral norteador da fixação de tal montante, é apenas abstração do legislador para evitar a vingança privada, já naquele momento vista como deplorável. Do mesmo modo entende ANTONIO LINDBERGH C. MONTEIRO<sup>6</sup>, ao enunciar: “Não tardou, porém, em mostrar a razão que era mais vantajosa a composição pecuniária. Da lei das XII Tábuas à lei Aquilia, a compensação tornou-se, assim, o marco definitivo da evolução. Daí para frente o desenvolvimento da matéria continuou inseparável da idéia de reequilíbrio patrimonial desfeito pelo dano.” Observe-se aqui o êxito na adoção de tal idéia, que perdura até hoje na responsabilidade civil, logicamente no âmbito jurídico.

O marco inicial, entretanto, da introdução do conceito de responsabilidade civil, aí separada totalmente da responsabilidade penal, deu-se com a edição da *Lex Aquilia*, já no período romano clássico. Isto se deve principalmente à inserção neste instrumento normativo do conceito de culpa para caracterizar as hipóteses de responsabilização civil, deixando de lado o caráter objetivo anteriormente empregado, assim como mudando a noção central da pena para a da reparação. Nos dizeres de MONTENEGRO<sup>7</sup>: “A culpa surgiu como a fonte inspiradora das ações de indenização: *in lege Aquilia, levíssima culpa venit*. Sendo o homem um ser racional e livre, deve responder pelos seus atos. Assentou-se, aí, a noção clássica da responsabilidade.” Esta responsabilidade deixou de ser amplamente abstrata para se configurar como proporcional ao dano ou prejuízo causado.

Cabe ressaltar sobre a Lei Aquilia a regulação do *damnum injuria datum*, que é o dano da coisa alheia que cause destruição ou deterioração por ocorrência de fato sem justificativa legal, afirmando GAGLIANO e PAMPLONA FILHO<sup>8</sup> que “Embora sua finalidade original fosse limitada ao proprietário de coisa lesada, a

---

<sup>6</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. Ob. cit., p. 6.

<sup>7</sup> Idem, p. 3.

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 12.

influência da jurisprudência e as extensões concedidas pelo pretor fizeram com que se construísse uma efetiva doutrina romana da responsabilidade extracontratual”. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA<sup>9</sup>, ainda sobre este tema expõe: “Importante é determinar a idéia de ‘culpa’ e como esta surgiu. Ao direito romano interessava, primitivamente, apurar a existência do *damnum*. (...) Para que se configure o *damnum iniuria datum*, de acordo com a Lei Aquilia, era necessário determinar três elementos: a) *damnum*, ou lesão na coisa; b) *iniuria*, ou ato contrário a direito; c) *culpa*, quando o dano resultava de ato positivo do agente, praticado com dolo ou culpa.” Nesta idéia se englobam dois dos três componentes caracterizadores da obrigação de indenizar decorrente da responsabilidade civil: dano e conduta ilícita, além do elemento accidental culpa. Resta também o nexa causal para tal caracterização.

## **Subseção II – Direito Medieval e Moderno**

O conceito de culpa, introduzido pelos romanos, manteve-se como pilar da responsabilidade na Idade Média, como informa CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA<sup>10</sup>: “Plantando suas raízes no direito romano, posto que timidamente, a idéia veio inserir-se no conceito de responsabilidade civil por toda a Idade Média.”

Porém de colossal importância o Código Civil francês de 1804 para a visualização da evolução histórica do instituto jurídico da responsabilidade e para sua conceituação como empregada atualmente (ao menos no tocante à responsabilidade derivada da culpa), conforme diz MONTENEGRO<sup>11</sup>: “Foi no entanto no direito francês, com a edição do Código Napoleão, que o instituto da responsabilidade civil ganhou suas linhas definitivas, seja na forma contratual, seja na extracontratual, também denominada aquiliana. (...) Sem dúvida o princípio de que cada um deve responder pelo seu ato doloroso ou culposos, causador do dano a outrem, em violação do direito instituído no artigo 1382 do Código Civil francês, assinalou outra importante etapa na linha da responsabilidade.” Concorda com a

---

<sup>9</sup> Ob. cit., p. 4 e 6.

<sup>10</sup> Ob. cit., p. 6.

<sup>11</sup> Ob. cit., p. 3 e 6.

abordagem o jurista CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA<sup>12</sup>: “Dada sua influência na construção da doutrina francesa, pode-se dizer que a teoria da responsabilidade civil nos Códigos modernos deve muito ao Código Napoleão.” Também vale lembrar que o pensamento jurídico francês, através do Código Napoleônico, é que começou a dar nova formatação aos conceitos relacionados à responsabilidade civil, mostrando-se, deste modo, a relevância do *Code* francês na história do instituto aqui tratado e do Direito de modo geral.

### **Subseção III – Direito Contemporâneo**

Neste espaço cabe apenas a análise histórica do instituto na doutrina em geral, sem maiores divagações que serão pertinentes em outras áreas do presente estudo.

Na opinião de MONTENEGRO<sup>13</sup> apresenta-se o instituto da responsabilidade civil de forma consolidada, mas com divergências entre as legislações quanto à incidência, sendo que “No estágio atual do direito, a responsabilidade civil apresenta tendências diversas de acordo com o desenvolvimento cultural e social dos povos. Nos países do primeiro mundo, assim considerados aqueles de economia forte, verifica-se o fenômeno da diminuição do campo da responsabilidade, com o conseqüente agigantamento de órgãos coletivos de reparação e dos seguros sociais e voluntários. Nos países decadentes, ao contrário, dilata-se a área da responsabilidade civil, mercê de uma legislação demagógica e eleitoreira que, a despeito de proteger as vítimas, entrava o desenvolvimento empresarial, principalmente da pequena empresa.” Denota-se, desta maneira, como o Direito está em constante evolução e evolui junto com a sociedade que dele se utiliza.

EUGENIO BONVICINI<sup>14</sup> lembra que “Modernamente, diz-se que a responsabilidade é a conseqüência jurídica do dano.” Isto porque, com as

---

<sup>12</sup> Ob. cit., p. 6.

<sup>13</sup> Ob. cit., p. 4.

<sup>14</sup> BONVICINI, Eugenio, *La responsabilità per i danni nel Diritto delle obbligazioni*, p. 19.

transformações sofridas pela Humanidade desde a 1ª Revolução Industrial, o direito das obrigações passou por transformações e, consigo, também o instituto da responsabilidade civil, visto que o conceito de culpa já não abarcava todas as situações jurídicas em que ocorria o dano, entrando em cena o aspecto da responsabilidade sem culpa através da teoria do risco.

Sobre tal transformação, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO<sup>15</sup> se manifestam no seguinte sentido: “Assim, num fenômeno dialético, praticamente autopoietico, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas, que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado. Tais teorias, inclusive, passaram a ser amparadas nas legislações mais modernas, sem desprezo total à teoria tradicional da culpa, o que foi adotado, mais recentemente, até mesmo pelo novo Código Civil brasileiro...” A culpa está de tal forma conectada ao instituto da responsabilidade civil que fica difícil abandonar tal conceito, mas foi necessário um repensar da idéia de responsabilidade civil que pudesse abranger todas as necessidades da sociedade, pois *ubi societas, ibi ius*.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA<sup>16</sup> diz que “É difícil estabelecer um escalonamento cronológico dos argumentos que confluíram na sua construção”, mas menciona o ponto de partida da doutrina ao dizer: “Em termos mais amplos, e com argumentação de maior profundidade, o ataque desferido contra a teoria da culpa teve origem no século passado, no campo do direito criminal, e, neste século, implanta-se no direito francês, nascido na concepção arrojada de dois grandes civilistas: SALEILLES e JOSSERAND.” Ambos são pioneiros do pensamento de responsabilização sem culpa.

Começa o referido autor<sup>17</sup> se reportando a SALEILLES, primeiramente, comentando seu trabalho inicial de 1897 intitulado *Les Accidents de Travail et la*

---

<sup>15</sup>Ob. cit., p. 13.

<sup>16</sup>Ob. cit., p. 15.

<sup>17</sup>Ob. cit., p. 17.

*Responsabilité Civile - 'Essai d'une théorie objective de la responsabilité delictuelle'*, contando que “Nesse estudo, SALEILLES desenvolve a sua tese, argumentando: o art. 1382 do Código Civil significa que ‘o que obriga à reparação é o fato do homem, constitutivo do dano’. A relação de causalidade geradora de reparação reside em que o Código, ao falar em ‘culpa’ toma esta palavra na acepção vulgar de ‘causa’. Em termos do art. 1383, teria em vista ‘a abstenção que se refere a uma causa material constitutiva do prejuízo que entra na esfera de atividade daquela que se absteve’. Raciocinando assim, em torno das disposições do Código Civil de 1804, SALEILLES chega a uma conclusão diametralmente oposta à doutrina legal perfilhada pelos autores do Código; argumentando com preceitos que originariamente teriam em vista a responsabilidade fundada na culpa, desenvolve uma teoria em face da qual o dever de ressarcimento independe da culpa.” SALEILLES foi combatido por não tornar claras suas proposições, dando a entender que o dispositivo legal tinha interpretação dúbia.

Quanto a JOSSERAND, diz CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA<sup>18</sup>, analisando as conclusões daquele autor no seu *Cours de Droit Civil Positif Français*, que: “Aderindo à concepção de SALEILLES, acrescenta que naquela ‘visão profética encontrou numerosas soluções parciais de ordem legislativa’. Conclui, dizendo que a responsabilidade revestiu-se de enorme amplitude; que o legislador, a jurisprudência e a doutrina procuraram vir em socorro das vítimas; que a responsabilidade tende a objetivar-se, opondo o risco à culpa, e a afastá-la da sua dianteira; que a evolução da responsabilidade foi sobretudo obra da jurisprudência, a qual, na França, na Bélgica e em outros países ‘tem sabido tirar partido maravilhoso dos textos’.” Através da idéia de proteção à vítima é que se desenvolveu profundamente o pensamento de responsabilidade sem culpa.

Na doutrina, principalmente a francesa, encontramos defensores da aplicação da teoria do risco, dentre eles RIPERT, GAUDEMET, PLANIOL e MALAURIE E AYNÈS. Todos chegam a semelhantes conclusões como as de SALEILLES e JOSSERAND, dizendo que a jurisprudência foi levada a “deformar” a

---

<sup>18</sup>Ob. cit., p. 18.

disposição do art. 1382 do Código Civil francês para englobar fatos que, se considerados pela ótica subjetivista, jamais teriam solucionamento eqüitativo e justo.

No Brasil, ALVINO LIMA, JOSÉ DE AGUIAR DIAS, WILSON MELO DA SILVA, dentre outros, também são estudiosos que entendem haver a aplicabilidade da responsabilidade objetiva no campo civil, visando proteger o direito das vítimas que, além do prejuízo sofrido, ainda teriam que provar a culpabilidade do agente causador do dano, pela teoria subjetivista.

Finalizando a observação do histórico do instituto da responsabilidade civil, pode-se compreender a coexistência das concepções objetivista e subjetivista nos sistemas jurídicos por diversos fatores, como a grande diversidade de origens (até mesmo cronologicamente falando), a adoção jurisprudencial de ambas, a aplicabilidade para diversos casos, o sucesso junto aos doutrinadores, dentre outros, prevalecendo ainda a concepção subjetivista por ser a que se apresenta geralmente no texto da lei e ficando a objetivista com o encargo de tutelar situações específicas.

## **Seção II – Elementos básicos**

Aqui apenas se enquadrarão os elementos conceituais das teorias objetivista e subjetivista, para o fim de auxílio do estudo da responsabilidade estatal a ser verificado adiante. A culpabilidade e a antijuridicidade, por se tratarem mais propriamente de requisitos e não de elementos do instituto, não serão abordados.

### **Subseção I – Dano**

O dano é elemento ainda tido como fundamental para a responsabilização na esfera civil, por isso essencial que se dê a devida definição para que o estudo da responsabilidade civil não fique comprometido.

Dependendo da área do conhecimento o conceito de dano pode variar, tendo sua definição variada quanto ao conteúdo próprio. Assim, nas ciências biológicas o dano é definido geralmente como a deterioração do organismo, causada por algum agente externo ou condicionada por algum fator, que leva à piora de seu estado de saúde ou até mesmo à perda de seus sinais vitais. Para as ciências exatas, o dano é conceituável como a diminuição de uma quantidade de específico valor pela ocorrência de alguma variável incidente na sua formulação. Para as ciências humanas, dano seria o prejuízo decorrente do estrago sofrido por algo a que o ser humano atribuiu valor material ou moral.

Para o Direito, visualizando os conceitos apresentados e delimitando seu campo de conhecimento como inserido nas ciências humanas, pode-se tentar apresentar uma definição mais precisa ao se debruçar sobre tal conceito. Em todos os conceitos apresentou-se a idéia de um mal ou prejuízo ocasionado (deterioração ou dano), de valor estipulado e de algum tipo de influência (agente externo, variável, etc) que fez com que do prejuízo se originasse a perda de tal valor.

O mal ou prejuízo é, em termos jurídicos, a lesão sofrida pelo bem jurídico. O valor é de difícil definição mas, para o entendimento deste trabalho, pode-se determina-lo como sendo a qualificação material ou imaterial do objeto analisado pelo homem. A influência acima citada se configura como sendo o fato jurídico, ou seja, um acontecimento na esfera fática por ação ou não do homem e que surtiu repercussões na esfera jurídica do mesmo ou de outrem.

Os conceitos do dano são abundantes na doutrina, valendo expor o apresentado por GAGLIANO e PAMPLONA FILHO<sup>19</sup>: “(...) poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator.” HANS FISCHER<sup>20</sup>, entende que o dano “é todo o prejuízo que o sujeito de direitos sofra através da violação dos seus bens jurídicos”, e MONTENEGRO<sup>21</sup> enuncia que “Para que o

---

<sup>19</sup> Ob. cit., p. 42.

<sup>20</sup> FISCHER, Hans Albrecht. *A Reparação dos Danos no Direito Civil*, p. 7.

<sup>21</sup> Ob. cit., p. 156.

dano venha a ser sancionado pelo ordenamento jurídico, vale dizer, autorize aquele que o sofreu a exigir do responsável uma indenização, indispensável se faz a presença de dois elementos: um de fato e outro de direito. O primeiro se manifesta no prejuízo e o segundo, na lesão jurídica.” Todos os conceitos apresentados doutrinariamente apresentam as características que acima foram mencionadas, faltante ou não alguma delas em quaisquer obras doutrinárias.

Assim, pode-se definir o dano tendo como parâmetro sempre o trinômio lesão-valor-causa. A definição que se poderia dar, *a priori*, seria de que o dano é a lesão que causa afetação ao valor dado ao bem jurídico, seja apenas danificando-o, seja destruindo-o completamente.

É imprescindível mencionar que a ocorrência do dano é tratada como requisito fundamental para a incidência da responsabilidade civil. Este entendimento é compartilhado por diversos autores estudiosos do tema como MAZEAUD e MAZEAUD, HENRI LALOU, GEORGES RIPERT, PLANIOL, DE PAGE, além dos autores nacionais já citados neste estudo. Neste sentido, apenas para confirmação aponta CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA<sup>22</sup>: “Logo de plano ocorre assentar que o dano é elemento ou requisito essencial na etiologia da responsabilidade civil.” Não poderia ser diferente, pois a ausência de dano não é juridicamente relevante para obrigar a indenizar.

## **Subseção II – Conduta**

Observa-se que a origem do dano passível de responsabilização civil advém de uma conduta humana, comissiva ou omissiva. Assim, para que o dano surja no mundo material, é necessário que de alguma forma o homem aja ou se omita em agir.

---

<sup>22</sup> Ob. cit., p. 37.



A conduta é, portanto, elemento da responsabilidade civil que se apresenta na sua origem. Devida é sua distinção da de causa, que é o motivo do surgimento do dano, enquanto aquela se configura como a fonte do dano.

Como características da conduta ressaltam a voluntariedade e a consciência. A voluntariedade é a liberdade de uso do livre-arbítrio humano no seu agir ou pensar. Já a consciência é a visualização mental da produção dos resultados conseqüentes do comportamento adotado.

A respeito de tais características, é esta a lição proferida por GAGLIANO e PAMPLONA FILHO<sup>23</sup>: “Em outras palavras, a voluntariedade que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão-somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também na responsabilidade objetiva (calcada na idéia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.” Tais características advêm daquela idéia inicial de responsabilidade civil ligada à penal, haja vista que nesta ainda subsistem na doutrina.

É relevante traçar, neste passo, a distinção da conduta comissiva da omissiva. Na primeira há um impulso do agente em produzir o resultado, enquanto que na segunda há a inércia do agente que não se manifesta diante de uma situação onde a ocorrência do dano, sem sua interferência, é certa e/ou iminente.

---

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 32.

Para GAGLIANO e PAMPLONA FILHO<sup>24</sup>, a conduta comissiva “traduz-se pela prática de um comportamento ativo, positivo”, enquanto que na conduta omissiva, para que seja geradora de responsabilização civil, “é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de não se omitir pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidentes imposto a todo condutor de veículos) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo.”, de acordo com o ensinamento de CARLOS ROBERTO GONÇALVES<sup>25</sup>. A classificação da conduta quanto ao modo (comissiva ou omissiva) é utilizada para a abstração do conceito de responsabilização quanto a seus efeitos.

### **Subseção III – Nexo de causalidade**

Assunto de igual relevância e de numerosos debates é o relacionado ao nexos causal. Assim, como o dano e a conduta, é elemento que impreterivelmente deve estar presente para a configuração da responsabilização na esfera civil. A problemática sobre este elemento gira em torno da conceituação adotada pelas teorias que tentam explicar sua estrutura e da existência das chamadas concausas, tanto as antecedentes quanto as supervenientes.

Com relação às teorias destinadas à conceituação, relacionam-se sempre três na doutrina, quais sejam, da equivalência das condições (ou da condição *sine qua non*), da causalidade adequada e da causa direta e imediata (ou da interrupção do nexos causal).

A primeira teoria esclarece que a causalidade é ligada ao ato que é suficiente para produzir o resultado e que, se eliminado, tornaria impossível o acontecimento do dano. É a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro, em seu artigo 13. Chamada de *sine qua non* porque o ato causador de dano é condição sem a qual este não ocorreria.

---

<sup>24</sup> Ob. cit., p. 33.

A crítica geral feita à defesa desta teoria é a de que a busca do ato gerador do dano nos levaria à procura até o infinito, pois o elo causal não se esgotaria num primeiro momento. Chega BINDING, em exemplo conhecido, citado por WILSON MELO DA SILVA<sup>26</sup> em sua obra *Responsabilidade sem Culpa*, a aduzir que deveria, por esta teoria, ser responsabilizado como partícipe do adultério também “o próprio marceneiro que fabricou o leito, no qual se deitou o casal amoroso...”. Logicamente que para o Direito Civil a necessidade de segurança nas relações jurídicas impede a aplicação irrestrita desta teoria.

Entretanto, como lembrado por GAGLIANO e PAMPLONA FILHO<sup>27</sup>, “A despeito de tudo isso, grande parte dos penalistas adotou-a, sustentando que a análise do dolo ou da culpa do infrator poderia limitá-la, vale dizer, os agentes que apenas de forma indireta interferiram na cadeia causal por não terem a necessária previsibilidade (dolo ou culpa) da ocorrência do dano, não poderiam ser responsabilizados. O fabricante da arma, por exemplo, ao produzi-la não poderia imaginar a utilização criminoso do seu produto”. É uma espécie de “relativização” da teoria, mas de aplicabilidade duvidosa.

A segunda teoria é a da causalidade adequada, sendo explicada como causa apenas aquela que for adequada a produzir o resultado, de forma idônea. CAVALIERI<sup>28</sup> entende tal teoria da seguinte maneira: “Causa é o antecedente, não só necessário, mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento”. Frágil tal teoria por não se ter juízo de certeza, mas apenas de probabilidade acerca da causa realmente adequada.

A terceira teoria apresentada pela doutrina é a da causalidade direta ou imediata, também denominada de teoria da interrupção do nexos causal. No entendimento de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO<sup>29</sup> “Causa, para esta teoria, seria

---

<sup>25</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil: direito das obrigações*, vol. 6, tomo II, p. 15-16.

<sup>26</sup> SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, p. 1974.

<sup>27</sup> Ob. cit., p. 98.

<sup>28</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, P. 51.

<sup>29</sup> Ob. cit., p. 101.

apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”. Esta teoria permite maior segurança ao se apontar a causa do dano, pois separa os eventos conforme seu enquadramento temporal.

#### **Subseção IV – Os elementos acidentais culpa e risco**

Tratar-se-á neste espaço dos elementos culpa e risco conforme o âmbito de sua aplicabilidade nos casos que ensejam responsabilização civil.

A culpa é o elemento de identificação do dano para a teoria subjetiva. Tal teoria tem esta denominação porque para se constatar a ocorrência do evento danoso é preciso ter como ponto de partida o sujeito causador de tal dano e seu comportamento que contribuiu para a ocorrência do mesmo. Assim, na teoria clássica subjetiva, a conduta do agente causador do dano é considerada culposa quando houvesse culpa no sentido amplo.

O que se considera como culpa no sentido amplo é a ação em que há a consciência (ao menos vislumbrativa) dos males que podem ser causados pela conduta e a imputabilidade destes males ao causador direto ou indireto do dano. A doutrina costuma dividir tais condutas, de acordo com o comportamento do agente, em dolosa e culposa (sentido estrito).

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO<sup>30</sup>, resumidamente, conceituam a culpa da seguinte forma: “Em nosso entendimento, portanto, a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposita, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.” MONTENEGRO<sup>31</sup>, por sua vez, entende que “Pela concepção clássica aparece a culpa quando um ato lesivo pode ser moralmente imputado ao seu autor. Encarada sob este ângulo, a culpa comporta um sentido

---

<sup>30</sup> Ob. cit., p. 138.

amplo e um sentido restrito. A culpa – *lato sensu* – equivale ao dolo e vem a ser a prática de um fato danoso, do qual o agente tinha conhecimento e a intenção de perpetrá-lo. Na culpa – *stricto sensu* –, o resultado lesivo decorre de ignorância, negligência ou imprudência do seu autor.” Cabe aqui discernir os conceitos para a culpa *stricto sensu* empregados pelos autores acima referidos, sendo a ignorância o fato de o autor desconhecer os resultados de sua conduta, a negligência o fato do agente se comportar sem relevar as conseqüências de seu ato e a imprudência a maneira do agente se comportar não medindo a extensão das conseqüências do ato que está a praticar. A qualificação da imperícia para a conduta culposa em sentido restrito, que é aquela praticada por indivíduo que não possui qualificação técnica suficiente para atuar e mesmo assim age causando dano a outrem.

Pode-se denotar, pelo exposto acima, que os elementos empregáveis pelo Direito Civil se aproximam muito com aqueles do Direito Penal, provavelmente pela proximidade histórica que o instituto da responsabilidade teve entre ambas as matérias, como fora abordado em tópico anterior. No entanto, vale lembrar o ensinamento de MONTENEGRO<sup>32</sup> quanto à incidência no tocante ao Direito Civil: “A culpa que interessa ao direito privado há de ser aquela que importa em erro de conduta. O agente deve responder pelo resultado danoso porque foi incapaz de modelar o seu comportamento na dimensão jurídica e social a que estava obrigado como cidadão.” Não foge muito do conteúdo apresentado no Direito Penal, porém se diferencia em seus efeitos enormemente.

Quanto à conceituação de tal elemento, MONTENEGRO, acima mencionado, entende ser um “erro de conduta”, sendo este o entendimento geral dos doutrinadores. SAVATIER, aludido por JOSÉ DE AGUIAR DIAS<sup>33</sup>, entende que “A culpa (*faute*) é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar.” Da mesma forma, GONÇALVES<sup>34</sup>, ao dizer: “Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do

---

<sup>31</sup> Ob. cit., p. 20.

<sup>32</sup> Ob. cit., p. 21.

<sup>33</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*, p. 110.

<sup>34</sup> Ob. cit., p. 55.

direito – o que só pode ocorrer quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo. O critério para aferição da diligência exigível do agente, e, portanto, para caracterização da culpa, é o da comparação de seu comportamento com o do *homo medius*, do homem ideal, que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo.” A abstração jurídica sobre o homem médio, o bom pai de família, sempre foi tomada como parâmetro pela doutrina para a observação da culpa.

De outro lado, aparece o risco como elemento para caracterização das hipóteses de responsabilização civil, trazido à baila pela teoria objetivista. Possui tal denominação porque enfoca o objeto do dano, ou seja, o bem jurídico da vítima que foi lesado. Este enfoque leva em consideração a atividade danosa que lesou a vítima, geralmente de caráter periculoso ou nocivo, que necessitava a observância do dever de cuidado ou proteção frente aos particulares, sob pena de assunção direta das conseqüências do risco criado.

Assim é a opinião de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA<sup>35</sup>, que diz: “A meu ver, o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado. Fazendo abstração da idéia de culpa, mas atentando apenas no fato danoso, responde civilmente aquele que, por sua atividade ou por sua profissão, expõe alguém ao risco de sofrer um dano.” Ainda subsiste no pensamento jurídico, da teoria objetivista, o conceito do risco criado como exposto acima, mas também, paralelamente, coexistem os conceitos de risco proveito (aquele gerado pelo explorador de atividade da qual obtenha proveito para si somente, submetido à idéia do *emolumentum ibi ônus*) e risco profissional (a profissão ou ocupação do agente gera risco aos demais e o fato danoso decorrente da atividade desta profissão ou ocupação induz ao dever de indenizar).

---

<sup>35</sup> Ob. cit., p. 270.

No entanto, a tendência de uniformização do conceito pende para o conceito do risco criado ou simples presente na responsabilidade objetiva, enunciada por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>36</sup> deste modo: “Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.” Pode parecer estranho um estudioso do Direito Público ser aludido para esculpir conceito do Direito Privado, porém a teoria do risco é deveras aplicada naquele ramo jurídico, mais comumente do que no Direito Civil, e o Direito Público tem o compromisso de atender de forma mais eqüitativa à relação entre Estado e administrados, o que importa em se ater a um conceito mais abrangente, que marca a tendência do risco administrativo ora proferido, e que mostra que o conceito civilista também anseia por conceitos mais eqüitativos.

Aqui já se observa inicialmente uma das problemáticas que se procura solucionar neste estudo, qual seja, de introdução dos conceitos do Direito Privado ao Direito Público de forma correta em qualquer de seus âmbitos. No entanto, é assunto para abordagem posterior.

Visando atender a todos os casos em que incide a responsabilização civil, o que se sucede é a coexistência pacífica entre a teoria subjetivista e objetivista. MONTENEGRO<sup>37</sup> aduz ao apontado da seguinte maneira: “Modernamente começou a impor-se a solução que parece agradar a gregos e troianos: a admissão da culpa ao lado do risco, como fundamentos da responsabilidade civil.” Na legislação civil atual (Código Civil de 2002), há a direta consequência desta ocorrência com a introdução do artigo 927 e parágrafo único, que determinam:

***“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.***

***Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos***

---

<sup>36</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 888-889.

***especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”***

A respeito, pronunciam-se GAGLIANO e PAMPLONA FILHO: “Percebe-se, então, que, ao lado da responsabilidade decorrente do ilícito civil ou do abuso de direito, em cujas noções encontra-se inserida a idéia de culpa (arts. 186 e 187), poderá o magistrado também reconhecer a responsabilidade civil do infrator, sem indagação de culpa (responsabilidade objetiva), em duas situações, previstas no parágrafo único do referido dispositivo: a) nos casos especificados em lei; b) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”<sup>38</sup> Observa-se nitidamente a intenção do legislador em conciliar a aplicabilidade dos dois conceitos, deixando ao magistrado a tarefa de empregar no caso concreto o mais adequado a proteger a vítima do dano e a compor justamente a lide. No *caput* ficou o conceito subjetivista e no parágrafo único restou a concepção objetivista.

Por fim, vale ressaltar que são tratados aqui os elementos culpa e risco como acidentais porque ocorrem casualmente nos casos concretos, não se tratando de elementos de caráter geral como os demais. Sua observância é limitada, condicionada para todos os casos.

### **Seção III – Da problemática da transposição do conceito e da denominação para o Direito Público**

Como lembrado anteriormente, o conceito de responsabilidade é um dos utilizados pelo Direito Público que se originou do Direito Privado. Na passagem de uma área para outra pode haver distorção ou deformação do conceito na tentativa

---

<sup>37</sup> Ob. cit., p. 34.



de corretamente adequá-lo no estudo que se pretenda fazer. Assim, como eliminar de forma eficaz quaisquer tipos de distorções ou deformações conceituais, mantendo a essência do conteúdo do conceito empregado e, ao mesmo tempo, utilizar-se do mesmo de modo a não comprometer o estudo na outra área?

A tentativa a ser empreendida neste trabalho é de observar o Direito Público à luz do Direito Privado, no que lhe for pertinente, assim, como, por exemplo, analogicamente se utiliza a CLT à luz do CPC, conforme determina o art. 769 daquele diploma legal. Do mesmo modo, no que for possível, empregar-se-ão os conceitos próprios do Direito Público com adaptações doutrinária ou legalmente embasadas.

O já lembrado jurista francês CHARLES DEBBASCH<sup>39</sup> mostra como tal embasamento é pertinente para a transposição dos conceitos do Direito Civil para o Direito Administrativo: “Como em outras matérias do Direito Administrativo, mas sem dúvida de maneira mais apurada, o regime jurídico da responsabilidade administrativa inspira-se, entre numerosos setores, no regime da responsabilidade civil. O direito civil da responsabilidade foi e continua sendo uma fonte de inspiração para o juiz administrativo. Há uma série de soluções exemplares de problemas que se põem a ele, como as regras relativas à indenização ou à imputabilidade dos prejuízos.” *Mutatis mutandis*, o conceito de responsabilidade administrativa já ganhou sua autonomia da responsabilidade civil na França, colaborando para isto fato deste país possuir bipartição de jurisdições, pelo estudo sistemático e também devido ao embasamento pela doutrina e pela jurisprudência, algo que no Brasil ainda é pouco corriqueiro, pelo excessivo conservadorismo doutrinário e jurisprudencial do país e por algumas amarras políticas e jurídicas.

Prova disso se denota pelo exposto pelo mesmo jurista<sup>40</sup>, para o caso francês: “Em conformidade com as regras gerais que inspiram a autonomia do Direito Administrativo, a autonomia das regras de responsabilidade administrativa

---

<sup>38</sup> Ob. cit., p. 154.

<sup>39</sup> Ob. cit., p. 376.

<sup>40</sup> Ob. cit., p. 375.

significa que o juiz administrativo não é vinculado pelas regras do Código Civil. A matéria da responsabilidade administrativa ilustra mais que qualquer outra o poder criador do juiz administrativo. Ele age num campo onde as regras de direito têm uma fonte quase que exclusivamente jurisprudencial. O direito da responsabilidade administrativa, ao contrário das matérias contratuais ou de função pública, não foi objeto de codificação. A norma ficou maleável, submetida às revisões ou inflexões jurisprudenciais.” Entretanto, no Brasil, o perigo de não haver norma expressa para aplicabilidade aos casos concretos fez com que o legislador tentasse esconder as lacunas sem permitir ao aplicador do Direito o pensamento crítico e a mutabilidade dos conceitos empregados conforme a lide a ser apreciada.

### **Subseção I - Responsabilidade civil x Responsabilidade extracontratual**

Já foram vistos os diversos conceitos existentes na doutrina acerca da responsabilidade civil, ficando fixado também a noção de que é conceito tratado mais comumente para relações jurídicas entre particulares. Muitos doutrinadores, ao abordar o tema sob a ótica do Direito Público, preferem se utilizar da denominação responsabilidade extracontratual para confrontá-la com a responsabilidade contratual, ou seja, aquela decorrente de relação obrigacional oriunda de contrato, dentre eles MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO<sup>41</sup>, ORLANDO GOMES<sup>42</sup> e CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>43</sup>.

De qualquer modo, para um estudo na área do Direito Público e que atenta para a responsabilização do ente Estado, deve-se abandonar, primeiramente e de modo absoluto, a denominação responsabilidade civil<sup>44</sup>. Neste passo, se não poderemos nos ater a esta denominação, não há porque se ater também à denominação extracontratual, pois não cabe a distinção entre a obrigação contratual ou extracontratual quando se analisa a responsabilidade do Estado unicamente. Seus efeitos no âmbito interno da esfera administrativa são similares. Pode,

---

<sup>41</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 547.

<sup>42</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 179.

<sup>43</sup> Ob. cit., p. 876.

<sup>44</sup> Adota também tal posicionamento: SANTANA, Jair Eduardo. Ob. cit., p. 151.

posteriormente, analisar-se suas peculiaridades quando à origem da relação obrigacional, porém a parte geral de estudo para o Direito Público (ex: observação dos princípios gerais aplicáveis ao Direito Administrativo) é de forma semelhante. Seguindo este raciocínio, logicamente também não existiria necessidade de se adotar a denominação "extracontratual" quando a obrigação de indenizar decorre da atividade estatal (no caso deste estudo, a atividade jurisdicional), por ser esta regulada pela lei.

Assim, resta superada a digressão sobre o tema, devendo o estudioso do Direito apenas entender que as denominações "civil" ou "extracontratual" são utilizadas na doutrina apenas para facilitar o repasse do conteúdo didático, não servindo em sua semântica para o estudo específico das atividades do Estado e suas conseqüências.

## **Subseção II – Responsabilidade civil x Responsabilidade patrimonial**

Para especificação do tema tratado ou do conteúdo abordado, alguns autores também se utilizam da denominação "responsabilidade patrimonial", na tentativa de contraposição ou com a responsabilidade pessoal ou com a responsabilidade não-patrimonial (ou moral). Adeptos de tal denominação são MAZEAUD E MAZEAUD, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (que chega a falar em responsabilidade extracontratual patrimonial – um preciosismo de linguagem), ZULMAR FACHIN e RICARDO HOYOS DUQUE, dentre outros.

A contraposição com a responsabilidade pessoal é indevida porque a obrigação derivada da responsabilidade civil ou estatal tem caráter pessoal, "*intuitu personae*", no sentido de que é obrigação a que está vinculada uma pessoa (física ou jurídica) em face de outra.<sup>45</sup> A outra contraposição, com a responsabilidade não-patrimonial, não é pertinente porque esta responsabilidade nem sempre gera dever de indenizar e não é apreensível pela seara do Direito, como entende AGUIAR

---

<sup>45</sup> Neste sentido, ORLANDO GOMES afirma que "A obrigação pertence à categoria das relações jurídicas de natureza pessoal." em sua obra já citada.

DIAS<sup>46</sup>: “Não se cogita, pois, de saber se houve, ou não, prejuízo, porque um simples pensamento induz essa espécie de responsabilidade, terreno que escapa ao campo do Direito, destinado a assegurar a harmonia das relações entre os indivíduos, objetivo que, logicamente, não parece atingido por esse lado.” Se, por um acaso, por um desvio de semântica, identificar-se a responsabilidade não-patrimonial como sendo responsabilidade pessoal, recai-se no exposto anteriormente.

De qualquer modo, não é correta a denominação “patrimonial” para a responsabilidade do Estado, pois este pode até responder com seu patrimônio frente ao lesado, mas responde pessoalmente, como pessoa jurídica que se constituiu.

### **Subseção III - Denominação empregável para o Direito Público e sua relevância**

Acima foram analisadas as denominações mais comumente empregadas na doutrina e o motivo pelo qual seriam inapropriadas para este estudo. Já foi analisado também, embora apenas em caráter inicial, que as particularidades da responsabilidade assumida pelo ente estatal se assemelham mas também, em sua essência, diferem da responsabilidade do Direito Privado. A questão que fica, portanto é: Como corretamente enquadrar este tipo de responsabilidade no tocante à sua denominação?

De pronto, vale rechaçar a denominação “responsabilidade pública”. Esta não é recomendada porque não trata corretamente o assunto. A responsabilidade é do ente estatal porque este, no exercício de suas atividades, agiu de modo a causar lesão a outrem. Não agiu somente em nome da coletividade, da sociedade direta e propriamente mas também em nome próprio (como pessoa jurídica). Não existe também a contraposição com a denominação “responsabilidade privada” para se querer adotar esta diferenciação.

---

<sup>46</sup> Ob. cit., p. 4.

Não cabe também a denominação “responsabilidade administrativa”, adotada, como visto, na doutrina e jurisprudência francesa. Primeiro, porque o sistema judicial da França é diferente do brasileiro, existindo um tribunal específico para os casos relacionados ao Estado (*Conseil d'État*). E segundo, porque poderia gerar confusão com o conceito de responsabilidade administrativa já existente no Direito Administrativo, qual seja, a responsabilidade a que os agentes públicos estão sujeitos administrativamente, no âmbito de suas repartições. No entanto, é denominação defendida, no Brasil, por ORLANDO SOARES<sup>47</sup>.

Assim, a primeira vista, a denominação mais prudente a ser adotada é a de “responsabilidade estatal” ou “do Estado” apenas, pois não corre o risco de similitude com outra denominação em qualquer área do Direito, contrapõe-se com a denominação responsabilidade civil e exprime bem o significado de seu conceito: a responsabilização, a obrigação de reparar o dano decorrente de atividade empreendida pelo Estado em nome próprio que causou lesão a bem jurídico de outrem, seja danificando, seja destruindo-o, posição esta perfilhada também por CARVALHO NETO e JUARY C. SILVA<sup>48</sup>. Vale a pena deixar claro que tal denominação pende de análise técnica mais profunda por não ser este o objeto central deste trabalho<sup>49</sup>.

A relevância de se adotar denominação própria para tal espécie de responsabilidade é de empregar conceito próprio, desvinculado do Direito Privado, e de expor o estudo de modo a sistematizar seu conteúdo no sistema jurídico nacional.

---

<sup>47</sup> SOARES, Orlando. *Responsabilidade civil no direito brasileiro*, p. 428.

<sup>48</sup> CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*, p. 19 e 95; SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos*, p. 72.

<sup>49</sup> Análise sobre este assunto é feita com profundidade por: SILVA, Juary C. (Ob. cit., p. 72-75).

## **Capítulo II – DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO**

### **Seção I – Análise histórica**

Através desta análise procura-se observar a evolução do conceito da responsabilidade do Estado<sup>50</sup>, com o intuito de explicitar a abrangência que teve nos diversos períodos históricos da humanidade.

#### **Subseção I – Das teorias da irresponsabilidade**

As teorias da irresponsabilidade não davam margem de aplicação de qualquer sanção ou repreensão ao ente estatal pela sua conduta errônea ou omissa. Entendiam os povos que as adotaram que o governante era a fonte da lei, do Direito e por isso não podia agir de forma contrária a ele; menos ainda era concebível para tais nações que o “Príncipe”, agindo absolutamente de acordo com as normas, pudesse causar dano a outrem. Por estes motivos não era admissível a responsabilização do Estado em qualquer hipótese.

Para os povos antigos, esta teoria se relacionava com o aspecto religioso (teoria do direito divino), como explica SONIA STERMAN<sup>51</sup>: “Na Antigüidade, o soberano (rei-monarca) era representante, na Terra, da vontade divina, sendo irresponsável por qualquer ato que praticasse e fosse causador de danos a seus súditos, os particulares. Era desconhecida a noção de Estado, como unidade jurídico-política.” Manifestou-se desta forma em governos teocráticos como o do Egito, por exemplo.

---

<sup>50</sup> Vale a ressalva de que o conceito a ser tratado é o da responsabilidade do Estado como abordado na obra do jurista MAURO CAPPELLETTI (vide *Juízes Irresponsáveis?*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 1989). No entanto, ratificando entendimento exposto anteriormente, cabe lembrar que deve ser rechaçada a nomenclatura responsabilidade civil para as obrigações em que conste o Estado como sujeito passivo por ser inadequada para o correto estudo do tema.

<sup>51</sup> STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado*, p. 13.

Porém tal teoria encontrou mesmo sua força plena no período da Idade Média, época onde se iniciavam os primeiros governos de cunho absolutista. Nos dizeres de ZULMAR FACHIN<sup>52</sup>: “A fase da irresponsabilidade patrimonial do estado prevaleceu durante a vigência de governos absolutistas. Fundava-se em princípios inspiradores do Estado absoluto, para os quais o Estado jamais causa danos a outrem.” Isto se deve também ao fato de o governante concentrar os poderes do Estado e manter a classe nobre e o clero naquele momento histórico sob seu jugo.

Nesta segunda fase da irresponsabilidade (que culminou também com sua queda) a idéia marcante é a do Estado soberano, como aponta DI PIETRO<sup>53</sup>: “A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na idéia de soberania: O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*) e o de que ‘aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei’ (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.” Contudo, somente imperava tal idéia porque ainda não havia confronto da sociedade como um todo contra tal espécie de concepção do Poder Público.

Conforme os regimes absolutistas foram se enfraquecendo, esta teoria perde força, abrindo campo para o reconhecimento da responsabilização. Assim analisam GAGLIANO e PAMPLONA FILHO<sup>54</sup>: “Com a decadência do absolutismo, e sob a influência do liberalismo, o Estado vai perdendo a sua imunidade de outrora.” ODETE MEDAUAR<sup>55</sup> observa da seguinte maneira: “Com o crescente reconhecimento dos direitos dos indivíduos perante o Estado e com a difusão da idéia de submissão do Estado ao Direito, essa teoria deixou de prevalecer, embora os Estados Unidos e a Inglaterra ainda a adotassem até 1946 e 1947,

---

<sup>52</sup> FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*, p. 73.

<sup>53</sup> Ob. cit., p. 549.

<sup>54</sup> Ob. cit., p. 209.

<sup>55</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 429.

respectivamente.” Denota-se aqui a influência dos ideais do Iluminismo francês, transmitidos também em seus diplomas legais, como observado quando da abordagem histórica da responsabilidade civil na passagem da Idade Moderna para a Contemporânea feita neste estudo.

Cabe recordar que o ente estatal era irresponsabilizado neste período, mas podendo o funcionário o ser, como bem explica CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>56</sup>: “Demais disso, o princípio da irresponsabilidade do Estado era temperado em suas conseqüências gravosas para os particulares pela admissão da responsabilidade do funcionário, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento pessoal, seu.” Portanto, havia somente responsabilidade da pessoa física, mas não das pessoas jurídicas a que este fazia parte.

## **Subseção II – Das teorias civilistas**

Com o desuso da teoria da irresponsabilidade, adentram no campo do Direito Público as teorias civilistas, com início de sua aplicação no século XIX.<sup>57</sup> Não havia mais como o Estado se escusar de sua responsabilidade porque os diplomas legais de caráter liberalista daquela época encamparam os ideais da Revolução Francesa, principalmente a igualdade (por enquanto, formal) entre os cidadãos e entre estes e o Estado. Portanto, “(...) uma tese assim tão injusta (da irresponsabilidade) não poderia subsistir. O Estado, sujeito de direitos e obrigações, não poderia reivindicar para si o direito de violar a norma jurídica. Ao contrário, deveria, também ele, submeter-se ao seu comando.”, segundo aduz ZULMAR FACHIN.<sup>58</sup>

O primeiro passo rumo à adoção das teorias civilistas foi, sem dúvida, a separação da responsabilização entre atos de gestão e atos de império.<sup>59</sup> Os atos

---

<sup>56</sup> Ob. cit., p. 884.

<sup>57</sup> DI PIETRO, ob. cit., loc. cit.

<sup>58</sup> Ob. cit., p. 77.

<sup>59</sup> A respeito: ALTAMIRA GIGENA, Julio I. (*Responsabilidad del Estado*, p. 61); DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (ob. cit., p. 549-550); FACHIN, Zulmar (ob. cit., p. 79); LASPRO, Oreste Nestor de Souza (A



de gestão se configuram como aqueles produzidos pelo Estado para a conservação da máquina estatal e execução dos serviços a ele inerentes, com atuação semelhante a do particular; já os atos de império são os praticados com relação às atividades estatais de comando (*jus imperium*) e que se revestem do atributo da soberania ante os administrados. Em virtude da presença do elemento soberania é que se observou similitude com a teoria da irresponsabilidade, ficando tais atos de império sem possibilidade de responsabilização para os defensores desta concepção inicial, enquanto os atos de gestão, por se assemelharem aos desenvolvidos pelos particulares, poderiam ser objeto de responsabilização.

Esta divisão tinha como consequência separar a responsabilidade do “rei” da responsabilidade do “Estado” representado pelos seus funcionários, sendo somente o segundo responsabilizado e mantendo a irresponsabilidade do primeiro, seguindo a linha da teoria da representação. SAULO JOSÉ CASALI BAHIA<sup>60</sup> expõe de maneira brilhante esta primeira fase das teorias civilistas, explicando que “Entendia-se que a culpa da administração derivava da circunstância de seus agentes (funcionários) ostentarem a qualidade de prepostos. Figurava o Estado, assim, como o patrão ou comitente da construção civilística, que respondia de modo indireto pelos atos de seus funcionários. Sua culpa era *in vigilandi* ou *in eligendi* (como entendiam os adeptos da teoria da representação, abraçada por Chironi, Aubry y Rau, Demolombe, Baudry-Lacantinérie e Planiol). Ou seja, exigia-se do Estado, para a configuração de sua responsabilidade civil, a má escolha do representante ou preposto ou a falta de vigilância sobre os mesmos.” Assim, a culpa do Estado era configurada apenas como *in eligendo* ou *in vigilando*.

Contudo, o jurista alemão OTTO GIERKE, ao pensar na teoria do órgão, fez cair por terra tal concepção diferenciadora, como denuncia ALTAMIRO GIGENA<sup>61</sup> ao dizer que “Para esta doutrina, o que faz um órgão o faz em nome de toda a pessoa jurídica. O exemplo clássico é o seguinte: o homem é o responsável pelos trabalhos

---

*responsabilidade civil do juiz*, p. 71); MEDAUAR, Odete (ob. cit., loc. cit.); e STERMAN, Sonia (ob. cit., p. 14-15).

<sup>60</sup> BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 22.

<sup>61</sup> Ob. cit., p. 76. Também a respeito: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 425-426.

que realiza com suas mãos; ou em outras palavras: tudo o que faz a mão do homem, este responde. Considera o agente público como um órgão do grande organismo que é a Administração Pública, e esta é a responsável. O Estado, quer e age por seus órgãos. Quando aqueles querem e agem é o Estado quem quer e age. Quando eles cometem uma falta, é o Estado quem a comete; lhe é imputável e ele é direta e pessoalmente responsável.” A teoria do órgão fez prevalecer assim a idéia de que o órgão Estado deve ser responsável pelo dano não importando qual integrante seu foi o causador do mesmo. E para responsabilizar o Estado entendia-se que o correto era aplicar o instituto da responsabilidade civil como formulado pelo Direito Privado, como se fosse um particular que houvesse lesado o bem jurídico alheio.

Neste momento histórico, o Direito Privado da maioria das legislações ocidentais estava experimentando o uso da teoria da culpa nos moldes da disposição do artigo 1382 do Código Civil francês, que exigia a comprovação da culpa *stricto sensu* ou dolo e não restringia os casos de aplicação aos indicados na lei (como anteriormente fazia o Direito Romano), com exceção do ordenamento jurídico alemão.

No entanto, a teoria da responsabilização de cunho “civilístico” tinha os mesmos requisitos anteriores porém a justificativa de sua aplicação é que mudou: o Estado não responde mais indiretamente por atos de terceiros pela culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, e sim diretamente como se fosse o causador pessoalmente. Deixou de ser uma responsabilização ficta para ser uma responsabilização fática.

Tal teoria, como é perceptível estava fadada ao fracasso, assinalando ODETE MEDAUAR<sup>62</sup> os motivos ao relatar que “(...) cogitou-se de responsabilizar o Estado somente se fosse comprovado o dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente público causador do dano, o que representava ônus injusto para a vítima e dificultava sobremaneira a responsabilização.” Confirma-se aí a desproporção entre a igualdade formal pronunciada pela Revolução Francesa e a

igualdade material, surgindo a necessidade de reestabelecimento da equidade entre as partes, no tocante à composição processual.

### **Subseção III – Teorias publicistas**

Já adentrando para a análise das teorias publicistas, mas observando a transposição entre a fase civilista e a publicista, é de grande valia transcrever trecho do estudo de ZULMAR FACHIN<sup>63</sup> que permite apreender a evolução do tratamento do tema: “De seu modo, Diógenes Gasparini lembra que a responsabilidade estatal baseada na culpa não levava à realização de justiça. Para ele, a solução civilista preconizada pela teoria da responsabilidade patrimonial com culpa, embora representasse progresso em relação à teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado, não satisfazia os interesses de justiça. De fato, exigia muito dos administrados, pois o lesado tinha que demonstrar, além do dano, a situação culposa do agente estatal. Tornava-se, assim, inaplicável a idéia civilista para obrigar o Estado a responder pelos danos que seus servidores causassem a terceiros. Era necessário, portanto, que se fizesse outra construção teórica para possibilitar a responsabilização do Estado quando não se identificasse a culpa do agente. Houve, então, a publicização da culpa.” De fato, tal transposição marcou e muito a história do pensamento jurídico e do Direito Administrativo.

Esta fase de adoção das teorias publicistas tem seu marco inicial no conhecido *arrêt Blanco*, de 1º. de fevereiro de 1873, onde o Tribunal de Conflitos da França decidiu por designar como de competência do Tribunal Administrativo a análise de mérito sobre a responsabilização do Estado no acidente que lesionou a menina Agnès Blanco na cidade de Bordeaux, causado por um trem da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo<sup>64</sup>. Em tal decisão, manifesta-se o Tribunal de

---

<sup>62</sup> Ob. cit., loc. cit. De semelhante entendimento: GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo (ob. cit., p. 210); SILVA, Juarez C. (ob. cit., p. 81-82).

<sup>63</sup> Ob. cit., p. 82.

<sup>64</sup> Aduzem a respeito: BAHIA, Saulo José Casali (ob. cit., p. 24); CARVALHO NETO, Inácio de (ob. cit., p. 108); DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (ob. cit., p. 550); GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo (ob. cit., p. 211-212); SILVA, Juarez C. (ob. cit., p. 78-79); STERMAN, Sonia (ob. cit., p. 16). O primeiro e os dois últimos citados também mencionam o caso Rotschild, de 1855, que apresentava semelhante entendimento.

Conflitos da seguinte forma: “A responsabilidade que pode incumbir ao Estado em razão da culpa de seus agentes não pode ser regida pelos princípios que estabelece o código civil para as relações de particulares com particulares; essa responsabilidade não é nem geral nem absoluta; ela exige regras especiais que variam segundo as modalidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do estado com o dos particulares.”<sup>65</sup> De modo claro, observa-se aí a cisão entre o Direito Privado (civil) e o Direito Público (administrativo) no tocante à responsabilidade do Estado.

A primeira tentativa publicista de responsabilização do ente estatal foi com a teoria originariamente conhecida na França como da *faute de service*. A tradução literal para falta do serviço, *a priori*, é inadequada por dar a noção de que seria a ausência do poder público que ocasionaria a responsabilidade, algo de caráter objetivo, o que não se verifica.<sup>66</sup> A doutrina apresenta tal teoria também com outras denominações como teoria da culpa do serviço, da culpa administrativa, do acidente administrativo, da culpa anônima, da culpa presumida do ente estatal, ou da falta administrativa.<sup>67</sup>

Para RUI STOCO<sup>68</sup> esta teoria “representou o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a ‘falta do serviço’ para dela inferir a responsabilidade da Administração.” Realmente, a presença do elemento culpa ainda é o traço mais marcante desta teoria.

No entanto, ao adentrar ao campo do Direito Público ganhou novas nuances, adaptando-se o conceito aos casos de inexistência, mau funcionamento ou retardamento do serviço público. Acerca dos mesmos, explica JOSÉ DE AGUIAR

---

<sup>65</sup> Conforme transcrito por BAHIA, Saulo José Casali (ob. cit., loc. cit.).

<sup>66</sup> Opinião compartilhada por BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (ob. cit., p. 887), porém combatida por BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, em artigo publicado na Revista Interesse Público, v. 6, p. 54-56, que entende a tradução da *faute* como verdadeira ausência ou deformidade de atuação do ente estatal.

<sup>67</sup> Tais denominações se apresentam em: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (ob. cit., p. 888); DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (ob. cit., p. 551); LASPRO, Oreste Nestor de Souza (ob. cit., p. 72); GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo (ob. cit., p. 211-213); SILVA, Juary C. (ob. cit., p. 82); STOCO, Rui (*Responsabilidade civil e sua orientação jurisprudencial*, p. 372), dentre outros.

DIAS<sup>69</sup>: “De três ordens são os fatos identificáveis como faltas do serviço público, conforme resultem: de mau funcionamento do serviço, do não funcionamento do serviço, do tardio funcionamento do serviço. Na primeira categoria, estão os atos positivos culposos da Administração. Na segunda, os fatos conseqüentes à inação administrativa, quando o serviço estava obrigado a agir, embora a inércia não constitua rigorosamente uma ilegalidade. Na terceira, as conseqüências da lentidão administrativa.” Na verdade, procurou-se dar à teoria da culpa um toque publicístico quando o sujeito passivo da obrigação de indenizar fosse o poder público.

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO<sup>70</sup> e também SAULO JOSÉ CASALI BAHIA<sup>71</sup> trazem à baila a divisão da teoria culpa publicística em três fases: da culpa anônima, da culpa presumida e da falta administrativa propriamente dita. Na primeira fase, a responsabilidade do Estado se vinculava apenas ao dano causado por agente público, sem se perquirir qual agente público foi o causador do dano. Na segunda a culpa era presumidamente do Estado, invertendo-se o ônus da prova acerca da causa da lesão. E, finalmente, na terceira, houve a concepção do elemento culpa com os caracteres publicísticos da inexistência, do não funcionamento ou do retardamento do serviço público.

JUARY C. SILVA<sup>72</sup> finaliza sua análise sobre o tópico apontando que “Esta conceitualização é antes de cunho prático do que jurídico, visto como o relevante na matéria é o mau funcionamento do serviço, o que se verifica em qualquer das situações-tipos consideradas; o que pode variar conforme cada hipótese é a natureza da prova exigida, que se torna mais difícil nuns casos e mais fácil em outros”. Observa-se, desta maneira, que o Direito Público neste ponto recai no mesmo erro do Direito Privado, quanto à teoria subjetivista: a culpa é essencial para configurar as hipóteses de responsabilização; portanto, de qualquer forma, amplia-se o ônus probatório no processo e prejudica-se a vítima da lesão.

---

<sup>68</sup> Ob. cit., loc. cit.

<sup>69</sup> AGUIAR DIAS, José de . Ob. cit., p. 566.

<sup>70</sup> Ob. cit., loc. cit.

<sup>71</sup> Ob. cit., p. 26.

Visando uma abordagem do tema responsabilidade procurando a proteção da vítima em primeiro lugar, observou-se (inclusive na análise histórica que foi feita sobre a responsabilidade civil no Direito Privado) a necessidade de mudança do enfoque do dano não mais na culpa do agente e sim no risco criado por este de ocorrência do dano. Surge, assim, a teoria do risco difundida inicialmente na França por SALEILLES e JOSSERAND, como anteriormente exposto.

No Direito Público houve certa adaptação da teoria do risco, principalmente, de início, na jurisprudência francesa, construtora de modelos teóricos de vanguarda capazes de abarcar as mais variadas situações concretas. Surge então a teoria do risco administrativo, voltada para o solucionamento das controvérsias sobre o dano causado pelo Estado aos particulares. A respeito, diz CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>73</sup>: “Ampliando a proteção do administrado, a jurisprudência administrativa da França veio a admitir também hipóteses de responsabilidade estritamente objetiva, isto é, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, a dizer, responsabilidade pelo risco administrativo ou, de todo modo, independente de comportamento censurável juridicamente.” Esta criação jurisprudencial abriu caminho para o repensar da responsabilidade estatal dentro da doutrina.

Entra aí a idéia de responsabilidade objetiva, sem se preocupar mais com o sujeito do dano e sim com o objeto do dano diretamente. Analisa o assunto DI PIETRO<sup>74</sup>: “(...) a idéia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. É chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também chamada teoria do risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que,

---

<sup>72</sup> Ob. cit., p. 84.

<sup>73</sup> Ob. cit., p. 889.

<sup>74</sup> Ob. cit., loc. cit.

pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo.” Esta definição apresenta todos os elementos da responsabilidade estatal, porém, se observada atualmente, é similar à noção de responsabilidade social, a ser analisada posteriormente. Contudo, a essência de tal teoria é de que o Poder Público se responsabiliza pelo risco de dano criado.

Cabe lembrar que, conforme já visto nesta análise, não é a teoria do risco a única forma de teoria de responsabilização objetiva do Poder Público. É relevante tal lembrete na medida que ainda se observa na legislação a coexistência das diversas formas de responsabilização objetiva como se verá adiante, contudo é certo dizer que a teoria objetiva se encontra consagrada no sistema jurídico de todos os países adeptos da *Civil Law* quanto ao Poder Público.

A doutrina procura fazer também a divisão da teoria do risco em duas vertentes, quais sejam, do risco integral e do risco administrativo em sentido estrito<sup>75</sup>. Tal divisão procura apenas separar a abrangência das hipóteses de exclusão da irresponsabilidade, que serão vistas em tópico próprio neste estudo. No entanto, a menção a ambas é necessária ante a incidência das mesmas na doutrina (muito mais intensa que na jurisprudência). Não se sabe qual a origem cronológica exata desta distinção, nem qual vertente antecedeu qual, porém gera debates ainda hoje acerca de suas aplicações.

O risco integral é o risco causado irrestritamente, amplamente, sem se perquirir sobre a origem deste. Seria a “teoria pura do risco”, onde há dano, conduta do agente público (ainda que regular) ou imputável ao Estado e nexo de causalidade entre estes elementos. O Estado não tem a capacidade de alegar qualquer caso de exclusão desta responsabilidade, pois assumiu para si o risco de causar dano aos particulares por seus atos. No Brasil, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, OCTAVIO DE BARROS e CAIO MÁRIO PEREIRA DA SILVA entendem ser a teoria do risco integral adotada, porém admitindo apenas a culpa exclusiva da vítima como

---

<sup>75</sup> Adotada a nomenclatura risco administrativo em sentido estrito porque a teoria do risco é existente tanto no Direito Público quanto no Privado, sendo que a teoria do risco administrativo em sentido amplo aquela que se apresenta no Direito Público.

excludente, por afastar os elementos qualificação da conduta pelo agente público e nexo de causalidade. Já THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI<sup>76</sup> afirma que a teoria do risco integral no país é “temperada”, pois admite a ação regressiva.

O risco administrativo em sentido estrito é o risco que pode ser propriamente causado pelo agente público, pois só admite sua observância com a atuação do agente público apenas, podendo então se argüir a respeito da existência de excludentes quaisquer de responsabilização. Sem dúvida, é a teoria mais acolhida pela doutrina, por ser a mais eqüitativa, protegendo a vítima, mas também possibilitando ao Poder Público provar sua inocência quando esta se verifica. No país, como principais defensores desta idéia, cite-se HELY LOPES MEIRELLES, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO e MARIA HELENA DINIZ<sup>77</sup>.

Na atualidade, em nosso país, a problemática da aplicabilidade das teorias publicistas reside em dois embates técnicos: a questão do risco social e a da denunciação da lide no processo de indenização.

No tocante ao risco social, outra nova vertente da teoria do risco (também denominada de teoria da responsabilidade sem risco), o Estado seria chamado a indenizar as hipóteses em que fosse turbada a paz ou a tranqüilidade social, mesmo que a responsabilidade por esta turbção não fosse do Estado. Seriam os casos de danos causados por guerras, por terremotos ou outros cataclismas, ou qualquer hipótese onde não houvesse possibilidade de se determinar ou saber o causador do dano. SAULO JOSÉ CASALI BAHIA<sup>78</sup>, grande defensor desta idéia, explica: “O fundamento da teoria é bem simples. Se o estado tem o dever de cuidar da harmonia e da estabilidade sociais, e o dano provém justamente da quebra desta harmonia e estabilidade, seria dever do Estado repará-lo. O que releva não é mais individuar para reprimir e compensar, mas socializar para garantir e compensar.”

---

<sup>76</sup> Todos os autores citados por: BAHIA, Saulo José Casali. Ob. cit., p. 85-86.

<sup>77</sup> Autores citados por: Idem, p. 60-61. O professor CEL SO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO *apud* JEAN RIVERO (*Droit Administratif*, 3<sup>a</sup>. ed., Paris: Ed. Dalloz, p. 253-254) inclui em sua explanação a responsabilidade estatal não somente pelos atos decorrentes da assunção do risco administrativo, mas também os oriundos de atividade lícita sem culpa ou deficiência do serviço (vide ob. cit., p. 889).

<sup>78</sup> Ob. cit., p. 93.



Seria o que ALTAMIRA GIGENA<sup>79</sup> denomina de “seguro social suportado pela caixa coletiva.” Continua ainda CASALI BAHIA<sup>80</sup>, endossando sua teoria: “Vemos como hipóteses viáveis de aplicação da teoria do risco social os casos de danos cometidos por autores (particulares) insolváveis, falecidos ou desconhecidos, ou por qualquer razão não alcançáveis por uma eventual condenação em reparar. Isto porque não deve o Estado permitir que um dano ou uma lesão de um direito individual quedem irreparados, constituindo constrangimento que ponha em risco a tranquilidade social.” Evidente que num país como o Brasil, esta teoria não mereceria guarida ante a impossibilidade material de prover as indenizações requeridas sem comprometer por demais o erário público.

Todavia, é uma teoria muito rechaçada e criticada, como aduzem GAGLIANO e PAMPLONA FILHO<sup>81</sup>, ao afirmarem que “seu advento é muito mais anunciado do que acontecido, o que – convenhamos! – parece-nos bastante razoável, tendo em vista a situação comumente precária das finanças públicas brasileiras...” Porém, se a responsabilidade pelo risco se baseia, como a doutrina entende, no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, provavelmente num futuro não muito distante estaremos a debater com maior aceitação a aplicabilidade de tal teoria.

Quanto à questão da denunciação da lide, a celeuma inicial é contra quem seria cabível ingressar com a ação de indenização: contra o Estado, contra o agente público ou contra ambos. Logicamente, se a ação for intentada contra o agente, não há que se falar em responsabilidade estatal, pois deverá se perquirir sobre a culpa ou dolo do mesmo, por se adentrar ao campo da responsabilidade civil.

JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>82</sup> entende que “A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada

---

<sup>79</sup> Ob. cit., p. 80.

<sup>80</sup> Ob. cit., loc. cit.

<sup>81</sup> Ob. cit., p. 217.

<sup>82</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 658.

prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também. O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta que comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada". Este posicionamento é compartilhado pela jurisprudência dominante no país.

CHARLES DEBBASCH<sup>83</sup> afirma, sobre a situação na França quanto ao assunto após a teoria da "culpa do serviço" - início da adoção das teorias objetivistas publicistas, como já visto - da seguinte maneira: "A evolução legislativa e jurisprudencial posterior manteve a distinção entre a falta pessoal e a falta de serviço, mas numa ótica de proteção da vítima. É porque a noção de *faute de service* é interpretada muito largamente. É também porque foi reconhecido um direito de opção à vítima no caso de cumulação de faltas ou cumulação de responsabilidades. Pode escolher, nestas hipóteses, entre o processamento do agente frente às jurisdições judiciais que aplicam o Direito Privado e o processamento da Administração frente ao juiz administrativo que aplica o Direito Administrativo."

TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO<sup>84</sup> entende que a disposição constitucional do artigo 37, § 6º. faz concluir que a ação deve ser intentada contra o Estado diretamente, pois admite que, com a possibilidade de regresso pelo Estado contra o agente causador do dano, a relação jurídica processual só pode ser formada entre o particular e o Estado. HELY LOPES MEIRELLES<sup>85</sup> compreende o problema no mesmo sentido ao dizer que "o legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o funcionário indeniza o Estado, regressivamente." Entretanto, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>86</sup> não acompanha este entendimento, admitindo a

---

<sup>83</sup> Ob. cit., p. 378.

<sup>84</sup> NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade Civil do Estado*, p. 15.

<sup>85</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo*, p. 626.

<sup>86</sup> Ob. cit., p. 917.

interposição de ação indenizatória contra o Estado, contra o agente ou contra ambos, nestes últimos dois casos nas hipóteses onde haja dolo ou culpa. A explicação que o jurista dá para tal posicionamento é a de não restringir o direito da vítima de proceder contra quem lhe causou o dano.

Não parece mais aceitável este último entendimento, uma vez que o dispositivo constitucional antes citado não deve ser interpretado como restritivo ao direito de ação da vítima. Tal direito de ação contra o agente diretamente continua protegido, só que por normatização diversa, qual seja, os artigos 186 e 187 c/c 927 do novo Código Civil de 2002, pois o lesado aí não qualifica a conduta pela característica especial do agente e este age segundo a conduta tipificada nos artigos ora citados. Claro que, neste caso, deverá provar dolo ou culpa do agente público para ter interesse de agir na causa proposta.

Sendo assim, existe previsão legal para ambas as hipóteses propostas, porém cabe analisar qual a mais vantajosa ao ofendido para obter o ressarcimento; como a Constituição Federal não podia disciplinar as hipóteses em que o agente fosse diretamente responsabilizado pela vítima (por fugir ao âmbito da Carta Magna), acabou por regular a matéria apenas quanto à responsabilidade do Estado pelos atos daqueles. Se a vítima quiser interpor ação contra o Estado ou contra este e o agente conjuntamente, se valerá da Constituição; se for somente contra o agente, deverá observar as previsões legais do Código Civil.

Na primeira hipótese, há responsabilidade objetiva contra o Estado e subjetiva contra o agente, sendo solidária a responsabilidade do Estado, e na segunda hipótese, responsabilidade subjetiva do agente e subsidiária do Estado. TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO<sup>87</sup> não admite esta conclusão quanto ao processo, pois entende que “Sendo assim, não se detecta nem o litisconsórcio necessário simples (“por disposição de lei”, art. 47 do CPC) nem o necessário unitário (“decidir a lide de modo uniforme para todos”, art. 47 do CPC). A diversidade entre obrigações e fundamentos fáticos e jurídicos também afasta o

---

<sup>87</sup> Ob. cit., p. 16.

litisconsórcio facultativo.” No entanto, a disposição do artigo 46, inc. III do CPC permite esta conclusão pela conexão entre as causas de pedir (ato lesivo do agente público), podendo haver, então, litisconsórcio facultativo.

Feita esta abordagem inicial, passa-se a analisar a denunciação à lide propriamente. Certamente se aplicará somente no caso de ação contra o Estado diretamente ante a limitação do dispositivo legal. A hipótese do artigo 70, inc. III do CPC visa ao estabelecimento da segurança jurídica, mas favorece mais, definitivamente, ao devedor do que ao credor. Há a obrigação de indenizar do agente pela Constituição no caso de ação regressiva, ou seja, enquadra-se na suposição do artigo ora citado mas gera demora na solução desta relação processual acessória, ante o contido nos artigos 71 e 72 do CPC. Assim, a tempestividade da tutela indenizatória resta prejudicada e, dependendo do caso, a prestação desta fica até ineficaz.

CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>88</sup>, quanto a esta questão, aduz que “Reverso posição anteriormente assumida, estamos em que tem razão Weida Zancaner ao sustentar o descabimento de tal denunciação. Ela implicaria, como diz a citada autora, mesclar-se o tema de uma responsabilidade objetiva – a do Estado – com elementos peculiares à responsabilidade subjetiva – a do funcionário. Proceder sua assertiva de que, ademais, haveria prejuízos para o autor, porquanto procrastinar o reconhecimento de um legítimo direito da vítima, fazendo com que este dependa da solução de um outro conflito intersubjetivo de interesses (entre o Estado e o funcionário), constitui um retardamento injustificado do direito do lesado, considerando-se que este conflito é estranho ao direito da vítima, não necessário para a efetivação do ressarcimento a que tem direito.” Tal conclusão ratifica o que fora exposto acima.

TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO<sup>89</sup> se posiciona também contrário à denunciação, afirmando, no entanto, que “Identicamente, inaplicável a hipótese de denunciação à lide referida no art. 70, III do CPC. Nem lei nem contrato

---

<sup>88</sup> Ob. cit., p. 918.

obrigam o funcionário a indenizar 'sempre' o Estado, via regressiva, pelo prejuízo tido com a demanda. Só haverá esta obrigação se na ação de regresso se provar responsabilidade subjetiva do agente, matéria estranha entre ofendido e Estado, porque a responsabilidade é objetiva. Nesta ação, ainda não se divisa o direito de regresso." Não merece guarida esta alegação por entender como requisito para a denunciação da lide a possibilidade de regresso contra o funcionário pela fundamentação contida na petição inicial, o que não é necessário para ingressar com a ação contra o Estado. O Poder Público não poderia ficar refém da conduta processual da vítima para poder se utilizar de instrumento processual que o beneficiaria e que está previsto no ordenamento jurídico. Não é sempre que o agente deve responder, logicamente, porém isso só será verificado após o agente contestar o pedido de denunciação; portanto, pertinente a incidência (mas não a aplicabilidade, ressalte-se) desta espécie de intervenção de terceiro.

Contudo, o argumento exposto por BANDEIRA DE MELLO é contundente no tocante à demora na prestação jurisdicional, uma vez que a proteção dada à vítima pelo ordenamento constitucional esbarra na hipótese de utilização do instituto processual. Além disso, a natureza jurídica das relações existentes entre os envolvidos é diversa uma da outra, não ensejando a hipótese prevista no artigo 70, III do CPC; entre o ofendido e o agente e/ou o Estado é de natureza obrigacional e entre o Estado e o agente é de natureza administrativa, sendo mais sensato se utilizar o Estado de ação regressiva autônoma em relação ao processo principal, após verificação, por meio de processo administrativo, da existência de dolo ou culpa do agente público. Neste sentido, a opinião de JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>89</sup>: "A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcionais que escapa à indagação do prejudicado. Cabe à pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização. Se o agente não se houve com culpa ou dolo, não comportará ação regressiva contra ele, pois nada tem de pagar."

---

<sup>89</sup> Ob. cit., loc. cit.

<sup>90</sup> Ob. cit., p. 658-659.

Este, com certeza, era o escopo da previsão constitucional do artigo 37, § 6º. intentado pelo legislador constituinte.

Destarte, ao se findar esta análise histórica, observa-se ao longo do tempo a evolução da amplitude da responsabilização do Estado no Direito Público, podendo-se arriscar a dizer que caminhou a passos mais largos e firmes que no Direito Privado.

## **Seção II - Elementos do instituto jurídico à luz do Direito Público**

Em toda a doutrina existem alguns entendimentos (com diversas denominações) sobre quais seriam os elementos característicos da responsabilidade do Estado. Todavia, concorda-se que são advindos da experiência do Direito Privado neste campo; portanto, são similares aos existentes naquela seara do Direito. Apenas merecem a caracterização adequada com a área de estudo ora tomada, como foi pensado o próprio tema da responsabilidade durante todo este trabalho.

Pensando o ato estatal seguindo o raciocínio aplicável ao Estado, devemos lembrar das particularidades deste, como a soberania, a independência e o interesse público, por exemplo, balanceando sua atuação no plano material/processual com a hipossuficiência formal e substancial da vítima, que não pode suportar isoladamente prejuízos ilegítimos em prol da coletividade. Ainda, em nosso país, devemos respeitar e balancear os fundamentos do Estado presentes nos artigos 1º., 3º. e 4º. da Constituição Federal com os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos nos artigos 5º., 6º. e 7º do mesmo diploma legal.

## **Subseção I - Dano indenizável**

O dano causado pelo ato estatal, assim como os demais elementos em sua particularidade, deve ser examinado à luz dos princípios do Direito Público. Logicamente, que, assim como no Direito Privado, não há que se falar em responsabilização se não houver o dano. Contudo, não basta somente que exista o dano, é preciso que seja passível de indenização para se argüir a responsabilização.

Para a doutrina, o dano indenizável deve ser ilegítimo, certo, especial e anormal. A ilegitimidade não se confunde com a ilegalidade, haja vista que, conforme expõe CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>91</sup>, “a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (ilícita ou lícita), mas pela qualificação da lesão sofrida. Isto é, a juridicidade do comportamento danoso não exclui a obrigação de reparar se o dano consiste em extinção ou agravamento de um direito. Donde, ante atuação lesiva do Estado, o problema da responsabilidade resolve-se no lado passivo da relação, não no lado ativo dela. Importa que o dano seja ilegítimo – se assim nos podemos expressar: não que a conduta causadora o seja.” Complementando e ratificando a assertiva do nobre jurista, o lado passivo da relação é o da vítima, ela sofre a ação; por isso o dano é qualificado com base nela, na ilegitimidade de esta suportar o dano, não por ser o dano advindo de ato lícito ou ilícito.

A certeza do dano também é deveras necessária, pois não é concebível que o Estado venha a assumir a responsabilidade por algo apenas provável de causar o dano, ou mesmo incerto, apenas possível. Neste sentido orienta ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>92</sup> sua posição: “Assim, o dano, para poder ser ressarcido, deve ser efetivo, imediato e não produto de uma mera probabilidade. Não se quer, naturalmente, afirmar que o dano precisa ser sempre presente. Com efeito, o dano indenizável pode ser presente ou futuro (por exemplo, lucros cessantes, danos emergentes), desde que demonstrável. Isto não significa que seja passível de ressarcimento o dano futuro provável, na medida em que, mesmo nessa hipótese,

---

<sup>91</sup> Ob. cit., p. 904.

deve a vítima demonstrar a certeza.” Fica clara, em razão do acima exposto, a noção de que a certeza do dano é independente de sua temporalidade, devendo esta ser analisada somente de acordo com a natureza do evento danoso. A obrigação é gerada por algo conhecível, que valha a avaliação de lesão ao direito da vítima. Pode ser um evento atual ou até mesmo um evento futuro, desde que se tenha certeza de que venha a prejudicar o lesado em algum momento e o Estado não possa mais evitar tal acontecimento em razão de sua atuação anterior.

O requisito de especialidade se refere à situação de ser o evento danoso prejudicial a um específico indivíduo ou grupo de indivíduos (ações coletivas) e não a todos os integrantes da sociedade; a conduta danosa prejudica especialmente a este(s) sujeito(s). Já a anormalidade é relacionada à excepcionalidade do evento, é um acontecimento que foge aos padrões normais de agravamento do direito do indivíduo em face do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

Para a doutrina em geral, estes dois últimos requisitos são adicionalmente necessários apenas quando se fala em atos estatais lícitos, sendo suficientes somente os dois primeiros quando os atos estatais são ilícitos. Nesta direção é o posicionamento de AUGUSTO DO AMARAL DERGINT<sup>93</sup>: “O dano tem de ser ilegítimo, mesmo que a conduta causadora não o seja. (...) o dano deve ser ‘certo’, isto é, não apenas eventual ou possível, podendo ser presente ou futuro. Estes requisitos bastam aos atos estatais (comissivos ou omissivos) ilícitos. Com relação aos atos lícitos, cumpre verificar, ainda, duas outras características, quais sejam: a ‘especialidade’ e a ‘anormalidade’.”

Já ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>94</sup> raciocina no mesmo sentido, ao expor: “Com efeito, quando houver um ato ilícito praticado pelo Estado, produto de seu mau funcionamento, a simples presença do dano ao direito do indivíduo gera o direito ao ressarcimento.” Porém entende ser a especialidade característica interna à anormalidade relativa aos atos lícitos do Estado, como complementa a seguir: “Já

---

<sup>92</sup> Ob. cit., p. 76.

<sup>93</sup> DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*, p. 48.

<sup>94</sup> Ob. cit., p. 77.



no caso de ato lícito do Estado, o direito à indenização não nasce da simples existência do dano, exigem-se também a presença da anormalidade da situação fática, devendo esta ser especial, com perfeita individualização daquele que sofreu a lesão”. Assim, a agressão ao direito de forma anormal é pressuposto para a individualização, antecedente a esta. Deste modo, aqueles que defendem esta posição entendem que o dano ressarcível é aquele que anormalmente aconteceria com qualquer(qualsquer) pessoa(s) em face da atuação do Poder público impossível de ser evitada ou anulada.

Registre-se, também, que tanto o dano patrimonial (ou econômico) quanto o dano moral são ressarcíveis pelo Estado, em nosso país, frente às disposições do artigo 5º., incs. V e X da Constituição Federal de 1988, existindo semelhantes previsões legais neste sentido em outros países.

### **Subseção II - Conduta comissiva ou omissiva qualificada**

Como verificado no tocante à responsabilidade civil, o dano deriva de uma conduta que o causou. Algo no mundo fático gera ofensa à esfera jurídica de um indivíduo e pode ser causado por ação ou omissão de quem causa o dano.

Esta conduta, quando se analisa a responsabilidade estatal, é qualificada pela presença do agente público como sujeito ativo do ato ou evento danoso. CHARLES DEBBASCH<sup>95</sup> se pronuncia, aduzindo: “A Administração, como tal, nunca age por si própria. Recorre a seus agentes. Quando um dano é causado, pode-se ou conceber que a responsabilidade que daí decorre incumbe globalmente ao agente causador deste dano, ou decidir que só a Administração deverá reparar. Entre essas duas vias, há lugar para uma terceira: a divisão será operada entre a responsabilidade da coletividade pública e a do agente culpado. Na prática, existem as mais diversas soluções. Elas são todas dominadas por duas considerações: as circunstâncias de fato nas quais o dano ocorreu e a vontade de assegurar a mais equitativa reparação possível à vítima ou a seus beneficiários.” Desse ponto, surge o

---

<sup>95</sup>Ob. cit., p. 377.

problema sobre a conciliação entre conduta (comissiva e omissiva) e responsabilidade (objetiva e subjetiva).

A doutrina em massa entende que a conduta comissiva pode ser de responsabilização objetiva ou subjetiva, porém a conduta omissiva somente poderia ser de responsabilização subjetiva. Vejamos a situação de modo conciliatório entre o elemento e a matéria, pois não há como subsistir conflitos entre ambas, sob pena de surtir insegurança no sistema jurídico.

Os comportamentos ilícitos que causam dano não são aceitáveis na sociedade por contrariarem o princípio da legalidade. Os comportamentos lícitos que causam dano não são aceitáveis porque rechaçam o princípio da igualdade dos ônus ou encargos sociais. Assim, observamos que, na perspectiva dos atos comissivos, podem estes contrariar ambos os princípios.

Por outro lado, a doutrina entende que o descumprimento do dever legal do Estado de agir é que pode gerar responsabilização, sendo que quando este não é obrigado a agir não há porque responsabilizá-lo. É muito imprudente afirmar categoricamente que somente o ato omissivo ilícito (omissão quando há dever de agir) gera dever de reparar, pois o Estado deve sopesar quando sua atuação é necessária, mesmo não havendo previsão legal. Deve-se separar também omissão de não-intervenção, pois na primeira a cognição ou a vontade para agir não está completa enquanto na segunda está, mas há impedimento bastante contundente para agir.

Tomemos como exemplo o caso da solicitação de policiamento em determinada residência quando o morador liga para a polícia imaginando que sua casa está sendo invadida por ladrões. Se a polícia lhe nega a prestação de policiamento por entender que não seria necessário o atendimento da ocorrência, uma vez que o morador apenas escutou alguns barulhos estranhos no meio da noite e o policial entender, com certeza, ser obra de devaneio do morador por estar cansado ou por se sentir perseguido ou ameaçado, o policial (em nome do Estado)

não tinha dever legal de agir ao conceber que não havia o perigo ao cidadão, pois a polícia não tem condições de atender a todos os indivíduos que escutam barulhos estranhos no meio da noite pensando serem ladrões rondando suas casas; no entanto, se o assalto realmente ocorre após a omissão do Estado em proteger o morador, não se pode negar que há responsabilidade por tal omissão, mesmo não havendo dever legal de agir, sendo que não há culpa presumida do Poder Público, somente o Estado é quem poderia agir para evitar o dano (ante a impossibilidade de autotutela pelo particular). Não houve negligência do policial porque atendeu a ocorrência e nem imprudência porque se certificou de que o ocorrido era apenas “fruto da imaginação” do indivíduo, quanto menos dolo deste agente público.

No caso da não-intervenção, pode-se citar o exemplo da inércia do ente público estadual em prover atendimento de saúde de qualidade aos habitantes de uma cidade por incapacidade de recursos do erário municipal no orçamento da saúde, causando altos índices de mortalidade infantil e adulta; o Estado sabe que é necessário agir, mas não o faz porque não pode agir com a rapidez necessária ou mesmo (o que não é difícil ocorrer) porque afirma não dispor também de recursos. Se um doente necessita de cuidados médicos impossíveis de serem prestados nesta cidade, o estado somente se omite se não o encaminhar para outro município com condições de poder atendê-lo, devendo ser responsabilizado mesmo que não possua veículo para tanto, havendo aí dever legal de agir após decretação de estado de calamidade pública ou de endemia/epidemia no município. Porém, não deverá ser responsabilizado por não poder prover condições de saúde aos habitantes ante a impossibilidade material, sendo o direito à saúde assegurado por lei (art. 196 da CF/88) e de competência comum da União, dos estados-membros e dos municípios (art. 23, II, da CF/88).

Sendo assim, seria prudente e pertinente apreciar-se a responsabilidade nos casos de comportamentos omissivos “ilegítimos” porém lícitos, mais condizentes com a situação do Poder Público ao desrespeitarem o princípio da igualdade.

Na opinião abalizada de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>96</sup>, “Não se pode, portanto, focar todo o problema da responsabilidade do Estado por comportamentos unilaterais a partir da situação do lesado, ou seja, daquele que sofreu um ‘dano injusto’. É que, tratando-se de responsabilidade por comportamento estatal omissivo, o dano não é obra do Estado. Por isso cabe responsabilizá-lo se o seu comportamento omissivo era censurado pelo Direito. Fora daí, quando couber, a responsabilidade será de outrem: do próprio agente do dano.” Esta é a posição de admissão apenas da responsabilidade por omissão ilícita, adotada de modo subjetivista (por negligência, imprudência ou imperícia ou por dolo do agente).

Contudo não deve subsistir tal opinião ante o caráter de ilegitimidade do dano, quando abordado pela teoria do risco administrativo em sentido amplo, sendo contraditório se declarar que somente o dano ilícito deve ser reparado e que a omissão por vezes não causa dano ilegítimo, contudo, lícito aos cidadãos, que não deve gerar o dever de indenizar. Há de se concordar com a posição de ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>97</sup> a respeito dos atos lícitos, com a adequada adaptação desta idéia às condutas omissivas, ou seja, perquirindo-se a anormalidade e a especialidade do dano, que justificariam a responsabilização.

No geral, as condutas omissivas podem ser objeto de responsabilização objetiva, baseada na teoria do risco, quando forem considerados causa do evento e não apenas condição. A responsabilidade subjetiva pode ser argüida para os demais casos, quando a omissão é apenas condicionante do resultado danoso.

Para as condutas comissivas, a teoria do risco administrativo age de modo similar. A conduta deve ser causadora do dano, não importando se é lícita ou ilícita. Se há licitude de conduta e este causa dano, o Estado responde porque assumiu os riscos de causar prejuízo aos particulares. Quando há ilicitude, não há como ser diferente: existe “culpa consciente” do agente de que causaria o dano, portanto o Estado também assumiu os riscos de desempenhar suas atividades de forma antijurídica. A argüição de culpa ou dolo do agente só cabe ao Estado com relação

---

<sup>96</sup> Ob. cit., p. 899.

àquele, em caso de processo administrativo ou disciplinar que embasar a ação de regresso.

Entretanto, anote-se a opinião de AUGUSTO DO AMARAL DERGINT<sup>98</sup> que resume a opinião doutrinária sobre as condutas danosas: “A responsabilidade (objetiva) do Estado pelo risco, portanto, tão-somente se configura quando de ato comissivo (positivo) do agente público, que ‘cause’ a terceiro um dano anormal (acima dos inerentes à vida em sociedade), atentando contra a igualdade de todos perante os encargos públicos; jamais sucede quando de ato omissivo (negativo) do agente estatal (MELLO, O. A. B., 1974, p. 487). Em determinados casos, o Estado produz situação diretamente propiciatória do dano, embora a ação lesiva, propriamente dita, não seja de agente seu. Tais hipóteses devem ser assimiladas àquelas em que o dano decorre da própria ação estatal, aplicando-se-lhes o princípio da responsabilidade objetiva, desde que o prejuízo sofrido se relacione (causalmente) com o risco suscitado (MELLO, C. A. B., 1992, pp. 342-344).” Esta opinião ainda reina soberana na doutrina, mas deve ser repensada com a devida cautela, tomando-se em consideração as razões acima expostas.

### **Subseção III - Nexo de causalidade e verificação**

O liame causal entre dano indenizável e conduta qualificada, conforme se pode perceber, é tarefa delicada, a ser feita com o devido critério para evitar injustiça no tratamento dos casos concretos. RENAN MIGUEL SAAD<sup>99</sup>, sobre o tema, orienta: “É preciso, pois, que haja um nexo causal entre o ato culposo praticado pelo agente e o dano, no sentido de que deve haver indefectivelmente relação direta e imediata entre o ato e o dano provocado.” Para se alcançar o nexo de causalidade, é necessário apenas ligar causa e evento, conduta e dano.

Logicamente, no caso da responsabilidade estatal a fonte da causalidade será o Estado, não importando se o critério de responsabilização é o objetivo ou o

---

<sup>97</sup> Vide nota 94.

<sup>98</sup> Ob. cit., p. 47.

<sup>99</sup> SAAD, Renan Miguel. *O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado*, p. 29.

subjetivo. A propósito do tema, assevera ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>100</sup>: “Em sendo assim, a vítima deverá demonstrar a existência do chamado nexó de causalidade, isto é, que a origem do dano está na ação do agente do Estado.” Isto porque a essência da responsabilidade advém da conduta estatal, do desempenho do Poder Público na situação concreta.

Conforme visto no tocante à responsabilidade civil, na responsabilidade estatal também se apresentam as teorias sobre o nexó causal advindas do Direito Penal, principalmente no que tange a resolução da problemática das concausas. Todavia, novamente as notas de ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>101</sup> acerca do assunto são merecedoras de destaque ao completar: “(...) nenhuma das teorias desenvolvidas é capaz, de modo absoluto, de resolver todas as intrincadas situações ligadas ao fenômeno da causalidade, sendo concludentes as palavras de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, citando DE PAGE, MARTY e RAYNAUD: ‘Não obstante o enunciado de fórmulas e regras atinentes à determinação do nexó causal, não se pode deixar em oblióvio a recomendação de DE PAGE, quando adverte que elas não devem ser aplicadas de maneira cega e automática (vol. Cit., n. 964), ou, como ainda assinalam MARTY e RAYNAUD, a jurisprudência está longe de permanecer sistematizada em linhas de decisões estabelecidas (ob. cit., n. 481). Se assim se fizesse, correr-se-ia o risco de potencializar a responsabilidade civil de maneira enorme (DE PAGE). Ao juiz cabe proceder *cum arbitrio boni viri*, sopesando cada caso na balança do equilíbrio, do bom senso e da eqüidade.’” Desta maneira, denota-se a abertura do tema à construção jurisprudencial, como ocorrido na França, ficando condicionada à prudência dos magistrados em reconhecer o liame causal.

Entretanto, forçoso é admitir que, ao contrário do acontecido com o dano e a conduta, a doutrina publicista não se ateve em particularizar o nexó causal relativo às condutas estatais geradores de responsabilidade, exceto quanto à característica da própria presença do Estado na relação jurídica.

---

<sup>100</sup> Ob. cit., loc. cit.

#### **Subseção IV - A culpa, o risco e suas incidências**

Ambos os elementos culpa e risco, assim como na responsabilidade civil, são apresentados na doutrina como acidentais ou secundários para configuração da responsabilidade estatal, uma vez que somente são argüidos caso os demais elementos sejam incidentes no caso concreto.

Entretanto, o elemento culpa ou risco se liga com mais força ao elemento dano nos casos de responsabilidade estatal, conforme já visto no tópico acima referente ao dano indenizável, enquanto a conduta encontra seu elo no nexo de causalidade.

Neste passo, o ensinamento de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>102</sup> é concludente, ao dizer: “Uma coisa é saber-se quais os requisitos necessários para colocar em causa a obrigação de reparar o dano e outra coisa é questionar sobre a justificativa da existência de tal responsabilização. Esta última corresponde ao fundamento da responsabilidade, a dizer, consiste na razão pela qual são estabelecidos os vários casos ensejadores da obrigação de reparar o dano. Ou, dizendo com maior rigor: consiste naquilo que supedita as distintas hipóteses de responsabilização.” A incidência do risco ou da culpa nas hipóteses de responsabilização na verdade são a justificativa do “por que responsabilizar?” e não a causa, a origem do responsabilizar. As palavras do ilustre jurista ora citado servem bem para indicar o motivo da separação do elemento culpa ou risco (tidos como acidentais) dos demais elementos; só se argüirá o porquê da responsabilidade após sabermos que ela se materializou, se configurou no plano fático, causando lesão ao bem jurídico de terceiro.

Continuando, o mesmo jurista<sup>103</sup> explana: “A nosso ver, o fundamento se biparte. A) No caso de comportamento ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade.

---

<sup>101</sup> Ob. cit., p. 79-80.

<sup>102</sup> Ob. cit., p. 889.

<sup>103</sup> Ob. cit., p. 890.

Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade. B) No caso de comportamentos lícitos, assim como nas hipóteses de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso – entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.”

Resumindo o pensamento do autor quanto aos fundamentos: conduta comissiva ilícita – princípios da legalidade e igualdade; conduta omissiva ilícita – princípio da legalidade; conduta comissiva lícita – princípio da igualdade; condutas ligadas à situação criada pelo Poder Público (podemos aí incluir as condutas “omissivas lícitas”) – princípio da igualdade. AUGUSTO DO AMARAL DERGINT<sup>104</sup>, analisando o mesmo assunto, tendo como norte o pensamento do autor antes mencionado ainda, atesta: “Em suma, a responsabilidade estatal é objetiva no caso de conduta lesiva comissiva lícita e subjetiva nos casos de conduta lesiva omissiva e comissiva ilícita.” Assim, se formos fazer um comparativo sintético e sistêmico entre os pensamentos, teremos: conduta comissiva ilícita - princípios da legalidade e igualdade/ responsabilidade subjetiva; conduta omissiva ilícita – princípio da legalidade/ responsabilidade subjetiva; conduta comissiva lícita – princípio da igualdade/ responsabilidade objetiva; condutas ligadas à situação criada pelo Poder Público (podemos aí incluir as condutas “omissivas lícitas”) – princípio da igualdade/ responsabilidade objetiva.

A pergunta a ser feita é: por que argüir-se a culpa nos casos de transgressão ao princípio da legalidade e por que argüir-se o risco nos casos de transgressão ao princípio da igualdade? A culpa (em sentido amplo – culpa *stricto sensu* e dolo) é erro de conduta (como visto no tocante à responsabilidade civil) sobre o tipificado em lei, portanto infringe a legalidade em seu cerne: a tipicidade. Já

---

<sup>104</sup> Ob. cit., p. 47.



o risco é a assunção das conseqüências advindas do desempenho de atividades potencialmente lesivas, ou seja, possibilita resultados diversos do normal a indivíduos específicos, porém gerados por conduta prevista e/ou permitida em lei.

Deste modo, como já exposto por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, culpa e risco são a razão de ser da obrigação do Estado de indenizar. No entanto, conforme a variante da conduta (comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita), a obrigação de indenizar existe por um ou outro motivo, com uma ou outra motivação.

### **Seção III - Excludentes da responsabilidade do Estado**

Após esta observação de como se apresenta a responsabilidade, quais suas razões de existência ou motivações, com base na doutrina formulada historicamente e recepcionada ante sua origem no Direito Privado aprioristicamente, cabe aqui delinear seus contornos, ou seja, mostrar quando os limites de sua conceituação não devem ser ultrapassados.

Não se pode tomar as excludentes de responsabilidade como excusas do Poder Público para não indenizar e sim como formas de equilibrar a relação jurídica onde se dá proteção ao hipossuficiente (vítima/ administrado) frente ao poderio da máquina estatal, para que tal relação, visando proteger, não acabe distorcendo a realidade fática.

Vale também a maior prudência quando se especular sobre o elemento atingido pela excludente que acaba por afastar a responsabilidade. Na verdade todas as excludentes afastam a responsabilidade por incidirem sobre um dos elementos antes estudados, porque fulminam a configuração da responsabilização no caso concreto. Porém alguns autores chegam a dizer que todas as excludentes se baseiam na ultimação do nexo de causalidade para se denotar a hipótese de

responsabilização, como, por exemplo, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO<sup>105</sup>, que afirma: “Sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única.” ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>106</sup>, no mesmo sentido, justifica a posição, ao dizer: “Em outras palavras, dentro de um sistema que adota a responsabilidade objetiva do Estado, este somente não será responsabilizado, total ou parcialmente, se for rompido o nexo de causalidade.” Como visto, não podemos taxar o sistema atual de responsabilização do Estado como exclusivamente objetivista. Assim, não há como considerar somente o rompimento do nexo de causalidade como excludente da responsabilidade. Podem outros fatores concorrer com este ou atuarem isoladamente, impedindo a configuração da hipótese de incidência da responsabilidade do Estado.

Claro e óbvio também que se dano ou conduta qualificada forem afastados no caso concreto, não haverá também nexo causal, mas este não atua sozinho nestes casos. Assim, necessário verificar todas as possibilidades.

### **Subseção I - Caso fortuito ou força maior**

Confundidos os dois excludentes como sinônimos por vezes, são causas de eliminação da responsabilidade apresentadas tanto na responsabilidade civil quanto na estatal. Todavia, sua distinção é necessária para o adequado tratamento da possibilidade de exclusão da responsabilidade por uma ou outra hipótese.

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO<sup>107</sup> se manifestam da seguinte forma: “Sem pretender por fim à controvérsia, pois seria inadmissível a pretensão, entendemos, como já dissemos alhures, que a característica básica da força maior é a sua inevitabilidade, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto, por exemplo,

---

<sup>105</sup> Ob. cit., p. 554.

<sup>106</sup> Ob. cit., p. 81.

<sup>107</sup> Ob. cit., p. 123.

que pode ser previsto pelos cientistas); ao passo que o caso fortuito, por sua vez, tem a sua nota distintiva na sua imprevisibilidade, segundo os parâmetros do homem médio. Nessa última hipótese, portanto, a ocorrência repentina e até então desconhecida do evento atinge a parte incauta, impossibilitando o cumprimento de uma obrigação (um atropelamento, um roubo).” Neste caso, surge a divergência doutrinária no sentido de que parte da doutrina entende serem ambos os casos como excludentes e parte admite somente a força maior como causa suficientemente forte para excluir a responsabilidade, como será visto a seguir.

Para RENAN MIGUEL SAAD<sup>108</sup> a posição correta é a primeira, afirmando que “excluem a responsabilidade a existência do caso fortuito e da força maior, que são fatos jurídicos, definidos como acontecimentos naturais ou humanos de caráter extraordinário, alheios à vontade das partes, cujos efeitos não se pode evitar ou impedir.” Entretanto, o mesmo autor<sup>109</sup> ainda divide o caso fortuito em interno e externo para verificar a incidência de exclusão da responsabilidade, no seguinte sentido: “A melhor doutrina sugere a existência de duas espécies de caso fortuito, a primeira chamada de fortuito interno e a segunda de fortuito externo, sendo esta a lição de AGOSTINHO ALVIM. Nessa ordem, o fortuito interno é aquele emergente de equipamento, por cuja manutenção se obriga a pessoa que guarda a coisa, cujo acontecimento não exime da responsabilidade de reparar os danos. Já o fortuito externo elide a responsabilidade, pois relaciona-se a eventos exteriores que escapam do controle do agente sendo, portanto, estranhos à sua pessoa. O dano torna-se, assim, inevitável e irresistível (...).” Desta forma, subsistente ainda a idéia da inevitabilidade como excludente, que não se apresenta no fortuito interno pela assunção do risco criado.

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA<sup>110</sup> tem uma visão semelhante, atestando que “em toda situação onde se configurasse caso fortuito ou força maior haveria ausência de culpa, mas não o inverso, pois o caso fortuito e a força maior não são as únicas elidentes de responsabilidade civil encontradas. A ausência de culpa é

---

<sup>108</sup> Ob. cit., p. 41.

<sup>109</sup> Idem, p. 42.

<sup>110</sup> Ob. cit., p. 35.

gênero do qual o caso fortuito e a força maior são espécies.” TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO<sup>111</sup> assevera que “Há uma equivalência de efeitos para as duas situações. A doutrina civilista, inclusive, não é pacífica no diferenciá-los na sua compreensão material, como se verá adiante. Entretanto, mesmo admitindo uma das diferenças conceituais, os efeitos para ambos os fenômenos são idênticos.” Estas opiniões são ambas minoritárias, pois enfocam apenas a vertente subjetivista, procurando a exclusão da culpa para descaracterizar a responsabilidade, erro grave se levado em conduta o caráter misto (objetivista e subjetivista) da responsabilidade estatal.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO<sup>112</sup>, por sua vez, procura a diferenciação das excludentes, visando o enquadramento correto: “Força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo, imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.” O único defeito na definição é quanto à imprevisibilidade pois, como já visto, fenômenos naturais como tempestades e terremotos podem ser previstos (não com total exatidão, mas podem) por métodos científicos, com grande margem de acerto.

Continuando, a festejada jurista<sup>113</sup> explana: “Já na hipótese de caso fortuito, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da Administração, não ocorre a mesma exclusão; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior.” Lembra AUGUSTO DO AMARAL DERGINT<sup>114</sup> que: “O Estado, pois, responde se a força maior apenas atualiza um perigo potencial por ele criado.” Assim, no caso de uma tempestade em que haja queda de uma árvore na via pública por falta de poda e que acaba atingindo veículo, deve-se responsabilizar o Estado pelo mau funcionamento do serviço público (*faute de service*), porém tal responsabilização será subjetiva

---

<sup>111</sup> Ob. cit., p. 21.

<sup>112</sup> Ob. cit., loc. cit.

<sup>113</sup> Idem, ibidem.

<sup>114</sup> Ob. cit., p. 52.

porque o lesado tem que comprovar a negligência do Estado em prestar adequadamente seus serviços, ferindo desta forma o princípio da legalidade e da igualdade, haja vista ter atuado omissivamente.

ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>115</sup> conduz seu raciocínio da seguinte maneira: “(...) a força maior é individualizada na condição de fato externo, razão pela qual alheia ao ato ou omissão do agente estatal. Por esse motivo, quando ocorre, rompe-se o nexo causal e exclui-se a responsabilidade objetiva do Estado. (...) Já o caso fortuito é um acontecimento também incontrollável, mas desconhecido na sua origem, ou seja, enquanto a força maior é um fato externo, o caso fortuito está inserido no ato do agente estatal, razão pela qual o nexo causal não é rompido e persiste a responsabilidade.” CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>116</sup> parte do caminho inverso, ensinando que a alegação de força maior somente subsiste se for capaz de romper o liame causal entre conduta estatal e dano ocorrido, sendo que a força maior substituiria a atuação do Estado. O caso fortuito, para o mesmo administrativista, não seria alegável para separar dano da conduta danosa porque não intervém no fato de o Estado “ter agido de modo a produzir a lesão sofrida por outrem.” Assim sendo, é de se adotar o posicionamento ora exposto pela coerência, observando-se as particularidades de cada caso.

Na hipótese das excludentes aqui estudadas vale também a adoção do caso fortuito externo, como alegado por RENAN MIGUEL SAAD, pela semelhança com a força maior em seu conteúdo. Os casos de exclusão da responsabilidade neste ponto atacam não somente o nexo causal, mas também a conduta qualificada, ao subtraírem do Estado a autoria do dano.

## **Subseção II - Culpa exclusiva da vítima**

Esta é uma espécie de excludente de mais fácil conceituação, uma vez que não gera maiores discussões a respeito na doutrina. Seria o caso em que a vítima

---

<sup>115</sup> Ob. cit., p. 84.

<sup>116</sup> Cf. ob. cit., p. 907.

se conduz de forma errônea, causando dano a si própria quando se relacionou de algum modo com um agente estatal.

Neste caso também se exclui a autoria da conduta e/ou do nexo causal, inexistindo subsistência da responsabilização. Assim expõe JAIR EDUARDO SANTANA<sup>117</sup>: “Fala-se também que a culpa da vítima exclui a responsabilidade do Estado. Mas se culpa houve por parte da vítima, ausente está o nexo causal ou a imputabilidade do dano ao Estado.” Segundo esta posição, na verdade existente é a ausência do elemento caracterizador do dano e não a presença da excludente, que acaba por afastar a responsabilidade.

Avalia também MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO<sup>118</sup> a hipótese da culpa concorrente (não exclusiva) da vítima com o ente estatal, narrando que “Quando houver culpa da vítima, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do poder público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a sua responsabilidade, que se reparte com a da vítima.” Esta solução é já adotada utilizando-se, por analogia, a disposição do artigo 43 c/c 927 e 945 do Código Civil de 2002.

ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>119</sup> pondera no mesmo sentido, dizendo que “muitas vezes, pode ser que o resultado danoso somente tenha ocorrido em razão da culpa da vítima, ou seja, esta, por ação ou omissão, contribuiu definitivamente para que assumisse a condição de vítima.” No entanto, “sempre que o dano não for resultado somente da culpa da vítima, mas também da ação do agente estatal, não temos a exclusão completa do dever de ressarcir, mas sim, uma redução do valor a ser pago, de modo proporcional à responsabilidade de cada um dos envolvidos.” Conclui-se, deste modo, que a culpa da vítima neutraliza a culpa do agente estatal.

---

<sup>117</sup> Ob. cit., p. 153.

<sup>118</sup> Ob. cit., p. 555.

<sup>119</sup> Ob. cit., p. 82-83.

Isto não quer dizer que somente se verifique tal excludente nos casos de responsabilidade subjetiva. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>120</sup> aduz que “a culpa do lesado não é relevante por ser culpa, mas sê-lo-á unicamente na medida em que através dela se pode ressaltar a inexistência de comportamento estatal produtor do dano.” E RENAN MIGUEL SAAD<sup>121</sup>, complementando o raciocínio, informa que “a assunção deste risco pela vítima faz cessar a relação de causalidade entre o evento danoso e o ato do agente”. Desta maneira, percebe-se que o papel da excludente não é trasladar a culpa do Estado para a vítima tão-somente, mas evidenciar que a conduta não foi do Estado, extirpando-se completa ou parcialmente a qualificação desta, e que este observou corretamente o princípio do *neminem laedere*.

### **Subseção III - Culpa atribuível exclusivamente a terceiro**

Noticiada também junto à doutrina está a hipótese de culpa imputável ou atribuível a terceiro como excludente de responsabilidade estatal. Na verdade, atua de forma semelhante à culpa da vítima, ou seja, repelindo a qualificação da conduta pelo agente estatal e, por conseguinte, rompendo o nexo de causalidade.

Posicionam-se os autores em dois sentidos: acolhendo totalmente ou parcialmente a conclusão acima. Ao acolher totalmente este posicionamento, HELY LOPES MEIRELLES<sup>122</sup> defende a idéia de que o artigo 37, §6º. da Constituição Federal, disciplinador da responsabilidade estatal a nível constitucional em nosso país, adota a teoria do risco administrativo, abrangendo, portanto, apenas as condutas de caráter funcional dos agentes públicos e não de terceiros. Não poderia, também, nem ser responsabilizado por atos predatórios ou de vandalismo que causassem danos a outrem sem comprovação de culpa (*lato sensu*).

Em caráter parcial concorda ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO, dizendo que a questão é polêmica quanto às condutas ilícitas causadas por terceiros

---

<sup>120</sup> Ob. cit., loc. cit.

<sup>121</sup> Ob. cit., loc. cit.

<sup>122</sup> Ob. cit., p. 552-553.

e evitáveis pelo Estado. Expõe ainda o referido autor<sup>123</sup>. “Exemplificando, temos aquelas situações em que o indivíduo foi vítima de um roubo. Quem obviamente praticou o ato foi o ladrão que efetivamente é o responsável direto pelos prejuízos causados. Contudo, sobrevém a indagação acerca da inexistência de uma responsabilidade também do Estado, na medida em que a este cabe zelar pela segurança dos indivíduos. A resposta a esta indagação acaba por levar em consideração o grau de desenvolvimento social de uma determinada sociedade. Em um Estado que tem problemas graves do ponto de vista social, a resposta é negativa; já em um Estado altamente evoluído sob este prisma, a resposta é positiva. Em local que exista uma altíssima incidência de crimes, o Estado não pode ser considerado responsável; em situação oposta, há a responsabilidade.” Apenas como crítica a tal posicionamento, apesar de não ser escopo deste trabalho, absurdo seria concordar com tal opinião e desde já registrem-se os protestos acerca do assunto neste estudo, sob pena de arriscar ainda mais o propalado “nível de desenvolvimento social” dos países onde a segurança é precária. É rizível a concepção de que o Estado deve se ausentar de responsabilidade mais ainda onde não é capaz de manter a ordem e a segurança dos cidadãos, pois infringe de modo contundente o princípio da dignidade da pessoa humana.

A opinião do autor deveria ser a contrária: onde o Estado sabe que há alta incidência de crimes, deve ficar responsável por suas ocorrências, pois assim se preocuparia mais com a qualidade de vida destes e onde consegue manter com qualidade esta segurança deveria ter sua responsabilidade mitigada, uma vez que a ocorrência de ilícitos por terceiros que lesionem os administrados é suportável por ser mais rara.

Finalizando, correto é o posicionamento de AUGUSTO DO AMARAL DERGINT<sup>124</sup> que entende serem as condutas atribuíveis a terceiro de responsabilidade do Estado se ficar configurada a omissão deste na prestação do serviço público (teoria da *faute de service*), citando como embasador de sua opinião o julgado do STF no Recurso Extraordinário 20372/58 que indicava que “responde o

---

<sup>123</sup> Ob. cit., p. 86.



Estado pelos danos decorrentes da negligência ou do mau aparelhamento do serviço público.”

## **Seção IV - Responsabilidade do Estado no Direito Positivo brasileiro**

Com as definições apresentadas, passa-se a apontar como o instituto da responsabilidade estatal se apresentou e se apresenta no sistema jurídico brasileiro e qual o fundamento que é utilizado para sua instrumentalização.

### **Subseção I - Breve análise histórica dos ordenamentos jurídicos nacionais**

Inicialmente, cumpre destacar que as teorias sobre a responsabilidade estatal em nosso país tem grande influência da doutrina administrativista francesa, como lembra AUGUSTO DO AMARAL DERGINT<sup>125</sup>, o que por vezes mostra a fragilidade de algumas argumentações doutrinárias no sistema jurídico brasileiro, ante a diversidade entre este e o sistema francês de dualidade de jurisdições, judicial e administrativa.

A literatura jurídica aprecia pouco o problema quanto ao período colonial<sup>126</sup>, tratando de início a partir do período imperial, dizendo que não foi recepcionado em nosso país a teoria da irresponsabilidade estatal<sup>127</sup>. Em posição parcialmente contrária está JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR<sup>128</sup>, que afirma que “Fazendo uma rápida incursão histórica, verifica-se que a evolução da responsabilidade pelos danos perpetrados por agentes públicos antecede a do Estado, ocorrendo o mesmo no Brasil.” Isto porque a Constituição de 1824 disciplinava apenas a

---

<sup>124</sup> Ob. cit., p. 50.

<sup>125</sup> Idem, p. 53.

<sup>126</sup> Exceção feita à CRETELLA JUNIOR, José (*O Estado e a Obrigação de Indenizar*, p. 340), onde o autor aponta a adoção da teoria da irresponsabilidade no Brasil pelo governo absolutista português.

<sup>127</sup> Neste mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (ob. cit., p. 910); DERGINT, Augusto do Amaral (ob. cit., p. 53); DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (ob. cit., p. 552); LASPRO, Oreste Nestor de Souza (ob. cit., p. 87); SILVA, Juary C. (ob. cit., p. 89), dentre outros.

<sup>128</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-juiz*, p. 25.

responsabilidade dos servidores públicos em seu artigo 179, inciso XXIX, porém CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>129</sup> confirma a posição majoritária da doutrina, afirmando que “o certo é que jamais se pôs em dúvida, entre nós, a tese da responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo à falta de disposição específica.”

A primeira lei esparsa que continha dispositivo expresso da responsabilização do Estado foi o Decreto 1930 de 26 de abril de 1857, que mencionava a responsabilidade das empresas estatais de estradas de ferro por acidentes causados por seus funcionários. Logo outras leis e códigos também seguiram no mesmo caminho, valendo citar o Decreto 2230 de 10 de fevereiro de 1896 (responsabilidade do Estado por condutas lesivas decorrentes das atividades do Correios) e o artigo 86, § 2º. do Código Penal de 1890 (instituiu a responsabilidade do Estado e o direito de regresso em caso de reconhecimento de inocência em revisão criminal após sentença penal condenatória).<sup>130</sup>

A Constituição da República de 1891, no seu artigo 82, seguiu mesma orientação da Carta Constitucional imperial.

Evolução no sistema jurídico nacional adveio da promulgação do Código Civil de 1916, que disciplinava a responsabilidade estatal expressamente no âmbito civil em seu artigo 15 de forma semelhante à atual. No entanto, acompanhando a posição doutrinária da época, adotou a responsabilidade subjetiva, mas previu o direito de regresso do Estado contra o causador do dano. AUGUSTO DO AMARAL DERGINT<sup>131</sup> faz uma análise crítica do dispositivo legal quanto à teoria adotada, manifestando-se no seguinte sentido: “Neste dispositivo, a lei consagrou a teoria da culpa (ou civil ou do serviço), como fundamento da responsabilidade estatal. Entretanto, o fez com imprecisão, possibilitando até opiniões de juristas e entendimentos jurisprudenciais vislumbrando admitida a responsabilidade objetiva

---

<sup>129</sup> Ob. cit., loc. cit.

<sup>130</sup> Estes e outros dispositivos legais e ordenamentos citados por CAVALCANTI, Amaro (*Responsabilidade civil do Estado*, p. 614).

<sup>131</sup> Ob. cit., p. 54.

(sem culpa), com base na moderna teoria do risco, em determinados casos de atuação lesiva do Estado.” Logicamente, a *mens legislatoris* da época não podia acompanhar a teoria do risco porque era pouco difundida ainda em nosso país, adveio de influência francesa, como todas as produções artísticas e intelectuais daquele momento histórico. A interpretação do artigo é que foi modificada para alguns casos, o que é absolutamente aceitável, pois o Direito permite este tipo de mudança ante a evolução da sociedade.

Embora a doutrina entenda que a solidariedade do Estado com seus agentes em caso de dano a particulares estava presente, a Constituição de 1934 foi a primeira a expor expressamente esta idéia, o mesmo ocorrendo com a de 1937.

Com a Constituição de 1946 aflorou no país a recepção da concepção publicista, com o advento da responsabilidade objetiva do Estado e previsão de regresso contra o funcionário, abandonando-se a idéia de solidariedade do poder público com o funcionário causador do dano. FIGUEIRA JUNIOR<sup>132</sup> entende que o regresso era possível em caso de culpa ou dolo, porém alerta DI PIETRO<sup>133</sup> que “A Constituição de 1967 repete a norma anterior em seu artigo 105, acrescentando, no parágrafo único, que a ação regressiva cabe em caso de culpa ou dolo, expressão não incluída no preceito da Constituição anterior.” (grifos nossos)

A emenda Constitucional nº 1/1969 manteve a redação do dispositivo constitucional de 1967.

No caso da Constituição de 1988, ressalta JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>134</sup> as principais mudanças: “Resta apenas observar que a Constituição foi mais técnica desta vez, primeiro por incluir no campo da responsabilidade objetiva todas as pessoas que operam serviços públicos, segundo por ter abandonado o termo ‘funcionário’, que não exprimia adequadamente o sentido da norma, substituído agora pelo termo preciso ‘agente’.”

---

<sup>132</sup> Ob. cit., p. 27.

<sup>133</sup> Ob. cit., p. 553.

<sup>134</sup> Ob. cit., p. 659.

O Código Civil de 2002 também apresentou alteração no tocante à matéria, acompanhando (de certa forma) o dispositivo constitucional, tendo o artigo 43 a seguinte redação:

***“Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”***

Este breve panorama histórico dos ordenamentos permite que se denote o acompanhamento da legislação, observados os limites materiais e cronológicos, junto às teorias doutrinárias apresentadas para resolução dos conflitos relacionados ao tema da responsabilidade estatal.

## **Subseção II - Responsabilidade subjetiva x Responsabilidade objetiva**

Conforme visto quando da análise dos elementos da responsabilidade do Estado (e também como ocorre na responsabilidade civil), as correntes objetivista e subjetivista coexistem harmonicamente no sistema jurídico nacional, não obstante a defesa ferrenha de uma ou outra vertente por algum autor. Tal fato se dá porque a realidade fática é complexa, exigindo do Direito respostas para os conflitos surgidos no seio da sociedade.

Como visto acima, o ordenamento jurídico brasileiro já adotou ambas as concepções, porém, atualmente, engloba-as porque impensada ainda solução diversa e porque, conforme já explanado, deve-se equilibrar a relação Estado-administrado material e processualmente, procurando proteger o direito subjetivo do ofendido e não onerando excessivamente o erário público.

Também já exposto neste estudo que os casos de atuação comissiva (e, por vezes, omissiva) lícita do Estado geram responsabilização objetiva com base na teoria do risco, ou seja, o Poder Público assumiu o risco de causar dano aos particulares pelo desempenho de suas atividades, e os de atuação comissiva ou omissiva ilícita são de responsabilização subjetiva, devendo haver comprovação do erro na conduta do agente estatal, contrária à lei, para ocorrer a responsabilização do Estado.

Restam, assim, delineados os contornos da responsabilidade do Estado e suas particularidades e similitudes frente à responsabilidade civil.

### **Subseção III - O conteúdo do art. 37, § 6º. da Constituição Federal de 1988 e do art. 43 do Código Civil de 2002 e o tratamento doutrinário e jurisprudencial**

Como já fora enunciado acima o teor do artigo 43 do Código Civil de 2002 e visando a interpretação dos dispositivos legais em epígrafe, transcreve-se a seguir o teor do artigo 37, § 6º. da Constituição Federal de 1988:

***“Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)***

***§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”***

Propositadamente foi enunciado também o *caput* do artigo 37 porque se pode denotar da leitura que os princípios ali elencados devem ser observados por todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não servindo tal dispositivo somente ao Executivo.

Como já dito, tanto os entes estatais quanto os privados prestadores de serviços públicos (mediante autorização, concessão ou permissão, incluindo também as fundações governamentais conforme aduz DI PIETRO<sup>135</sup>) são responsabilizáveis pelas condutas dos agentes, terminando com a nomenclatura “funcionário” antes adotada, por dar-se a entender que seria apenas aplicável aos servidores públicos. As condutas qualificadas pelo sujeito “agente”, para serem passíveis de responsabilização do Estado, devem ser executadas por este enquanto exerce sua função, declinada pelo Poder Público, frente ao administrado; assim, se provocarem dano ao particular por conduta não enquadrada em suas atividades, não gerarão responsabilidade. Exemplo simples deste caso seria o de agente de polícia civil que utiliza seu carro particular (que geralmente também utiliza em suas diligências rotineiras) para ir ao supermercado e acaba abalroando outro veículo; o lesado deve buscar indenização do agente como se este fosse um particular, esquecendo o fato de o mesmo exercer cargo público.

As condutas lesivas devem causar dano a terceiros, sendo que os danos causados ao próprio ente estatal devem ser objeto de processo administrativo interno, não ensejando a hipótese legalmente prevista ora analisada.

O direito de regresso é direito subjetivo do Poder Público exercitável em qualquer caso de dolo ou culpa do agente, porém não se pode delimitar com certeza se o direito de regresso somente é exercitável nestes casos de ação dolosa ou culposa ou se é exercitável em todos os casos de dano. O mais prudente é possibilitar ao Estado o direito de regresso, mas a culpa ou o dolo do agente deve ser verificado em processo administrativo ou sindicância onde se permita o direito à ampla defesa, constitucionalmente previsto, nunca devendo tais elementos da

---

<sup>135</sup> Ob. cit., p. 554.

conduta ser objeto de verificação na própria ação regressiva, o que causaria maior desgaste de ambas as partes.

O artigo 43 do Código Civil de 2002, por sua vez, enquadrrou as hipóteses de lesão causada pelo Estado através do ecletismo jurídico presente nas teorias sobre a responsabilidade, porém, conforme analisa DI PIETRO<sup>136</sup>, “de certa forma, está atrasado em relação à norma constitucional, tendo em vista que não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público”. Esta defasagem é denunciadora do descompasso entre a norma constitucional e a infraconstitucional, apesar de aquela ser cronologicamente anterior a esta.

No entanto, posto que não tenha contemplado os prestadores de serviço público, assinala SILVIO DE SALVO VENOSA<sup>137</sup> outra problemática a respeito do dispositivo infraconstitucional: “Diz esse dispositivo que as pessoas jurídicas de direito público interno são responsáveis pelos atos de seus agentes. A pergunta é saber se a responsabilidade objetiva do Estado passa a estender-se também às omissões da Administração, com essa supressão na nova dicção legal. À primeira vista, parece que a responsabilidade objetiva do Estado é ampliada também para suas omissões. Há, porém, argumentos em contrário que devem ser ponderados, sob o risco de se estender em demasia a responsabilidade do Estado. A responsabilidade objetiva do Estado por omissões, inviabilizaria, na prática, a Administração. Caberá à jurisprudência e aos estudos de direito administrativo estabelecer os limites e pressupostos desse aparente alargamento.” Logicamente, a norma aplicável deve ser a mais abrangente por dar maior certeza e segurança jurídica à sociedade, qual seja, a da Constituição Federal, devendo o Código Civil ser interpretado à luz desta, seja para acolher a teoria do risco seja para adotar a teoria da culpa administrativa. No entanto, valeu a pena o esforço do legislador civil por possibilitar a incidência da responsabilidade objetiva aos casos concretos em que o Estado causa dano ao particular.

---

<sup>136</sup> Ob. cit., p. 553.

<sup>137</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*, vol. 1, p. 278.

DI PIETRO<sup>138</sup> aceita também a idéia de que a norma constitucional adotou a responsabilidade objetiva em nosso país, pois “parte-se da idéia de que, se o dispositivo só exige culpa ou dolo para o direito de regresso contra o funcionário, é porque não quis fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas.” Porém, AUGUSTO DO AMARAL DERGINT<sup>139</sup> declara sua posição sobre o tema da seguinte maneira: “Do texto constitucional, infere-se, indubitavelmente, a adoção de uma responsabilidade estatal regida pelo Direito Público. Entretanto, não se pode afirmar dele decorrer, em caráter exclusivo, a aplicabilidade da teoria do risco. Em verdade, atualmente, e desde a Constituição de 1946, vigoram no Direito Brasileiro tanto a teoria da responsabilidade objetiva (fundada no risco) quanto a da responsabilidade subjetiva (fundada na falta do serviço), incidindo cada qual sobre específicas e diferentes situações.” Esta posição é a mesma que se apresenta na jurisprudência brasileira.

Conforme informa CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>140</sup>, “de há muito os Tribunais brasileiros invocavam a responsabilidade objetiva do Estado, mencionando-a como se fora o fundamento de Direito Positivo que lhes supedita as decisões. Vale dizer, tomam por estribo o preceptivo constitucional (atual art. 37, § 6º.), atribuindo-lhe o intuito de acolher como regra de nosso Direito a responsabilidade objetiva. Inobstante, em grande número de casos, apesar desta invocação, o que fazem é aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva em sua modalidade ‘falta de serviço’ (ou ‘culpa de serviço’). O exame dos fundamentos das decisões comprova que invocam uma teoria, declarando-a acolhida pelo Texto Constitucional, mas fundamentam-se em outra, consoante o exposto. Sem embargo, em outros tantos casos não há negar que, realmente, estão embasadas na responsabilidade objetiva propriamente dita.” Portanto, relevantíssimo o correto estudo das matérias aqui tratadas.

---

<sup>138</sup> Ob. cit., loc. cit.

<sup>139</sup> Ob. cit., p. 60.

<sup>140</sup> Ob. cit., p. 921.



JOEL DIAS FIGUEIRA JUNIOR aduz a seguinte decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Paraná para indicar o pensamento jurisprudencial sobre o tema:

***“A responsabilidade civil do Estado pode derivar de atos ‘comissivos’ ou ‘omissivos’ que causem prejuízos a terceiros, bastando demonstrar que tais danos ocorreram por conduta de seus representantes procedendo de modo ‘contrário ao direito’ ou se ‘escusando de cumprir dever prescrito em lei’...” (Rec. 13404-3, julgado em 17/08/93, Rel. Des. Oto Luiz Sponholz, RT 706/147)***

Como fora modesta a mudança no Código Civil e é solidificado o posicionamento teórico a respeito do tema, a tendência é a manutenção de tal pensamento na jurisprudência.

### Capítulo III - RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

Escopo final de todas estas argumentações trazidas à baila, a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais é vista pela doutrina e jurisprudência ainda de modo incipiente, com certo receio e temor, haja vista que trabalha com conceitos historicamente recentes e com interesses fortemente contrários por parte do Poder Público, englobando até mesmo o “corporativismo” da magistratura.

Vale a lembrança de que o estudo ora proposto é da responsabilidade do Estado no tocante aos atos deste que implicam em jurisdição, diferenciando-se assim dos estudos sobre os atos judiciais, que envolvem todos e quaisquer aspectos de atuação da máquina estatal no processo. Registre-se também que se estuda aqui somente a responsabilidade do Estado, não enfocando a responsabilidade do juiz (que demandaria um estudo específico da mesma forma) porque não é objetivo deste trabalho; o objetivo é traçar as linhas delimitadoras do poder estatal em uma de suas atividades mais relevantes prestadas à sociedade, a jurisdição, enquanto a responsabilidade do juiz tem um caráter metajurídico mais forte e que poucos se atreveram a analisar com propriedade.

Será que o magistrado, ao cumprir o brocardo jurídico que diz “*da mihi factum dabo tibi jus*”, não causa, por vezes, até mesmo sem intenção, lesão a direito subjetivo dos particulares? E, se causa, será que o Estado não assumiu o risco de que sua atuação, ao dizer o Direito, causasse tais lesões? Como diz ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>141</sup>, “a partir do momento em que o Estado não consegue dentro de uma cognição plena resolver os litígios, passam a ser cada vez mais aceitas e até exigidas pela sociedade as cognições sumárias, as tutelas de urgência, onde o risco de erro e, portanto, de dano são maiores.” Se não causa lesão, será que repercute de alguma forma na esfera jurídica de algum particular, podendo ser potencialmente danoso? Cabe ao Direito dar explicações sobre tais

---

<sup>141</sup> Ob. cit., p. 21.

indagações, visando delimitar até onde o poder do Estado, materializado pelas suas atividades, pode alcançar, sob pena de, não se esclarecendo este ponto, causar insegurança ao sistema jurídico construído até aqui, porque pode desmoronar por qualquer ação arbitrária do Poder Público, como às vezes já acontece em nosso país em outras áreas.

O estudo aqui proposto visa abordar o tema em três vertentes, facilitando a compreensão do mesmo: abordagem teórica, onde se analisa a estrutura formada pela doutrina e pela legislação para recepcionar a responsabilização do Estado por atos jurisdicionais; abordagem analítica, na qual se aprofundará a pesquisa sobre a teorização já formulada e procurando enquadrá-la na parte geral da responsabilidade do Estado já estudada; e abordagem crítica, onde serão lançados os debates atuais e questões controversas sobre o tema, para visualização dos posicionamentos adotados.

## **Seção I - Abordagem teórica do tema**

### **Subseção I – Introdução histórica**

Como foi feito nas outras seções, será feita uma observação panorâmica sobre a evolução histórica da responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais, com o fim de se denotar em que medida esta acompanhou a parte geral.

ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>142</sup> entende que há um déficit quanto à responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais com relação aos atos administrativos, como se observa no trecho ora transcrito: “De fato, enquanto para a atividade administrativa, em pouco mais de um século, passou-se do período da irresponsabilidade para aquele da responsabilidade objetiva (desenvolvimento este que acompanha a própria evolução política do Estado, de absolutista para social

---

<sup>142</sup> Ob. cit., p. 92.

democrático), essa evolução foi detida, ou pelo menos não foi tão natural, para a atividade jurisdicional.” Isto se deve justamente pelo receio doutrinário e jurisprudencial em permitir a abertura do tema às discussões, como anteriormente mencionado.

A ilustração da espécie inicial de responsabilização por atos jurisdicionais mais remota na história da humanidade é trazida por GUIDO SANTIAGO TAWIL<sup>143</sup>, referindo-se à Recompilação de Mênfis no Egito Antigo, que aduz: “O tema da responsabilidade do Estado e de seus juízes pelos danos produzidos como consequência do mau exercício da função judicial não tem sido – apesar de que assim parecia demonstrar sua aceitação na maior parte dos sistemas jurídicos nos últimos séculos – em absoluto uma invocação das sociedades modernas. Existiram, muito pelo contrário, menções a respeito de se aceitar dita responsabilidade, pelo menos desde o século XV antes de Cristo.”

O já mencionado ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>144</sup> faz também uma digressão histórica bastante interessante em sua obra já referida neste trabalho, passando desde o Direito Romano, atravessando o período do Direito Visigótico até chegar ao Direito Português antes e depois da independência do Brasil e como acabou influenciando o Direito Brasileiro no início do período imperial. Porém desta análise se percebe que a noção inicial de responsabilização pelos atos jurisdicionais recaia sobre a pessoa do próprio juiz diretamente, afirmando o autor<sup>145</sup> que “com efeito, praticamente até o século passado, início deste (século XX), a responsabilidade por eventual prejuízo à parte deveria ser ressarcida pelo juiz, pessoalmente, não se cogitando da possibilidade de uma responsabilidade solidária ou até mesmo direta e exclusiva do Estado. Desta maneira, a responsabilidade civil pela atividade jurisdicional no direito romano, visigótico e lusitano era do juiz, não existindo qualquer menção a uma eventual possibilidade da parte vir a exigir

---

<sup>143</sup> TAWIL, Guido Santiago. *La responsabilidad Del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, p. 39. O autor cita em sua obra a passagem acerca da responsabilização do juiz, que deveria escutar com atenção às palavras do demandante, que se falasse injustamente seria julgado por sua consciência e que triunfaria se exercesse a função praticando a justiça.

<sup>144</sup> P. 24-55.

<sup>145</sup> Idem, p. 23.

qualquer espécie de ressarcimento do Estado ou de seu soberano.” Assim, se denota que a responsabilidade aqui tratada é relativamente recente, historicamente falando.

GUIDO SANTIAGO TAWIL<sup>146</sup> anuncia o precedente doutrinário histórico da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, afirmando que “a responsabilidade do Estado como consequência do exercício da atividade judicial não tem sido, sem embargo, facilmente reconhecida, especialmente a partir da formulação por Montesquieu de sua célebre tese da divisão e separação de poderes (...) Assim, se considerou na França tradicionalmente irresponsável o Estado pelo exercício de sua atividade jurisdicional, ante a força de verdade legal atribuída às decisões jurisdicionais em virtude do princípio *res judicata pro veritate habetur* (...)”. A doutrina francesa, com efeito, sempre foi vanguardista quanto à área da responsabilidade estatal.

RENÉ CHAPUS<sup>147</sup> fala sobre o tema no contexto histórico francês: “De início, os tribunais judiciais julgavam que a responsabilidade do Estado podia ser admitida em matéria de justiça apenas se uma lei tivesse instituído a possibilidade. Esta possibilidade, assim condicionada, estava aberta em apenas dois casos, muito precisos. O primeiro, instituído pela lei de 8 de junho de 1895, é onde houve erro judicial em matéria criminalística ou correcional, erro que deve surgir de um acórdão de revisão que reconhece a inocência do condenado (e tornado assim conforme as disposições dos artigos 622 e seguintes do Código de Processo Penal, alterados pela lei de 23 de junho de 1989). A pedido do condenado por erro, a comissão de indenização atribuir-lhe-á ressarcimento do dano devido ao prejuízo que a sua condenação lhe causou, este ressarcimento a cargo do Estado (ressalvado seu recurso contra os que tivessem induzido os magistrados em erro). O segundo caso é onde o jurisdicionado chegava (o que era raríssimo) a levar a efeito o procedimento da “prise à partie”, destinado aos interessados na responsabilidade pessoal de um magistrado culpado de fraude, concussão, denegação de justiça ou (o que engloba tudo) de falta pessoal grave (procedimento organizado pelo artigo 505 do Código de

---

<sup>146</sup> Ob. cit., p. 40.

Processo Civil e revogado pela lei de 5 de julho de 1972). Em virtude de uma disposição acrescentada ao artigo 505 pela lei de 7 de fevereiro de 1933, sobre as garantias da liberdade individual, o Estado ficava a cargo do pagamento do ressarcimento do dano (mas podia exercer uma ação regressiva contra os magistrados faltosos). Fora estes dois casos, os tribunais judiciais opunham aos requerentes o princípio da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais, da qual nunca se soube bem sobre o que podia ser fundada, se não sobre as idéias em curso no século XIX e que associavam poder público e irresponsabilidade.”

Neste passo, reflete ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>148</sup> que “mesmo criadas as normas tratando da responsabilidade do Estado, em geral, a doutrina insistia em excluir a atividade jurisdicional dentre aquelas passíveis de responsabilização. Basta lembrar que, no período civilista, os defensores da tese da diferenciação entre atos de gestão e império enquadravam a atividade jurisdicional nesta última, o que significa, conseqüentemente, que não poderia o Estado, nesta hipótese, ser responsabilizado.” A partir de meados do século XX, com o advento das teorias publicistas com maior intensidade, impossível conter a demanda por responsabilidade de todas as áreas do Estado, apesar de ser introduzida a responsabilidade por atos jurisdicionais, bem como por atos legislativos, de modo muito mais lento do que no caso da responsabilidade do Estado por atos administrativos, como já antes exposto.

YUSSEF SAID CAHALI<sup>149</sup> cita artigo de autoria do Ministro do STJ Ruy Rosado do Aguiar, em que este manifesta seu pensamento, contestando esta diferenciação, na seguinte ordem: “(...) o Estado-Juiz é uma fração do Poder Público que pode, através de seu agente, nessa qualidade, causar dano injusto, não havendo razão jurídica para impor ao lesado o sofrimento do prejuízo daí decorrente.” Portanto, vai sendo afastada aos poucos a rejeição à idéia de responsabilização por atos jurisdicionais na atualidade, até mesmo na vetusta jurisprudência a respeito.

---

<sup>147</sup> CHAPUS, René. *Droit Administratif General*, vol. 1, p. 1220.

<sup>148</sup> Ob. cit., p. 92.

<sup>149</sup> Ob. cit., p. 595.

## **Subseção II - Teorias contrárias e favoráveis à responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**

Os fundamentos para aceitação ou rejeição à responsabilidade por atos jurisdicionais tem sua razão de ser, como podemos apreender da digressão na incursão histórica feita desde o início deste estudo. Parte da doutrina ainda pensa o tema sob influência do Direito Privado, o que acaba dificultando a transposição da responsabilidade aos entes públicos e, ao mesmo tempo, prendendo seus adeptos às amarras das teorias civilistas. Os publicistas já não encontram esta dificuldade, porém alguns autores justificam suas posições através da teoria geral do Direito Administrativo, adotando seus princípios básicos como forma de separar o âmbito público do privado, esquecendo que os mesmos se entrelaçam na realidade fática.

MARIA HELENA DINIZ<sup>150</sup>, ao se manifestar sobre a matéria, afirma que “a tese da irresponsabilidade estatal está, na verdade, perdendo terreno, paulatinamente, não só em razão do princípio da igualdade dos encargos sociais, segundo o qual o lesado fará jus a uma indenização toda vez que sofrer um prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público, mas também porque os argumentos em que se baseia não são convincentes (...).” Os atentos a esta realidade conseguem visualizar a responsabilidade de outro modo, integrando a teoria publicista com outras áreas do Direito, buscando associar a norma ao caso concreto de forma eqüitativa.

Dentre as alegações contrárias à responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais mais presentes na doutrina estão: soberania do Poder Judiciário; independência da magistratura; não incidência do magistrado como agente público; imutabilidade da coisa julgada; falibilidade humana; e responsabilidade pessoal do juiz prevista no CPC (art. 133).

Quanto à soberania do Poder Judiciário, entendem os defensores desta posição que a atividade jurisdicional é cabente ao Estado, sendo que este se

---

<sup>150</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, vol. 7, p. 575.

encontra acima da lei, apenas aplicando esta aos casos controvertidos. No entanto, a soberania não escusa a responsabilidade, uma vez que aquela permite a ausência de influência externa na execução de suas atividades, desde que assuma as consequências de tal execução, como o Estado faz nos casos de lesão pelos atos administrativos.

A independência da magistratura é alegada porque, em caso contrário, o magistrado se sentiria constrangido ao se pronunciar sobre uma lide, com temor de eventual retaliação por quem se sentisse prejudicado. Não se acolhe tal alegação porque, se concebido desta forma, os demais componentes do Estado (Executivo e Legislativo) também se sentiriam da mesma forma<sup>151</sup>.

O entendimento de que o juiz não é agente público (nos termos do art. 37, § 6º. da Constituição) não prospera porque este desempenha atividades de caráter público em nome do Estado, sendo considerado agente público para todos os efeitos; mesmo que seja denominado como agente “político” (na verdade não atua politicamente, imprópria a denominação), não perde a caracterização de “público”, pois executa suas atividades para o povo, para os cidadãos, da mesma forma que todos os demais agentes públicos<sup>152</sup>.

O argumento de maior controvérsia seria o da imutabilidade da coisa julgada. Os que aduzem tal justificativa para a irresponsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais entendem que o trânsito em julgado põe uma pedra em cima da questão discutida, não podendo haver controvérsia posterior. No entanto, sabe-se que, por exemplo, no sistema processual nacional existem instrumentos jurídicos capazes de desconstituir a coisa julgada como a ação rescisória, a ação revisional de sentença criminal, a ação anulatória de decisão homologatória, os embargos à execução e de terceiro senhor e possuidor, dentre outros<sup>153</sup>. Nos casos de mandado de segurança e de ação popular, por força do art. 16 da Lei 1533/51 c/c art. 18 da Lei 4717/65, observa-se ainda mais a relativização da coisa julgada, constituindo-se

---

<sup>151</sup> Opinião compartilhada por DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (ob. cit., p. 558).

<sup>152</sup> Neste passo: DINIZ, Maria Helena (ob. cit., p. 576).

<sup>153</sup> A respeito: LASPRO, Oreste Nestor de Souza (ob. cit., p. 110-116).



esta *secundum eventum probationis*, ou seja, de acordo com as provas produzidas, podendo ser interpostas novamente, em caso de rejeição do pedido, baseadas em novas provas a serem trazidas aos autos.

Com relação a este assunto, de grande valia o comentário de DI PIETRO<sup>154</sup> no seguinte sentido: “Com efeito, o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário.” Deste modo, não merece guarida o afastamento da responsabilidade com base na imutabilidade da coisa julgada, uma vez que esta só se constitui na sentença no tocante ao seu dispositivo, ordenador do julgado, não quanto aos fundamentos, orientadores do mesmo, podendo mesmo assim ser desconstituído pelo meio processual adequado, chegando TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO<sup>155</sup> a impor como requisito para interposição de ação de reparação de danos a utilização de tal meio processual.

Outro argumento trazido pela doutrina para a irresponsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais é a da falibilidade humana, por razões semelhantes à da independência da magistratura, quais sejam, de que o magistrado é passível de falhar como qualquer outro ser humano e não pode ser responsabilizado, sob pena de se sentir intimidado no exercício de suas atividades. Não acolhível, portanto, por se configurar não como excludente e sim como motivo a mais para adoção da responsabilização, alertando o magistrado de que, ao exercer a atividade jurisdicional, deve ter a máxima cautela.

Por fim, quanto à previsão legal de responsabilidade do juiz no CPC (art. 133), existindo outras legislações estrangeiras que prevêm semelhante disposição, esta responsabilidade não exclui a do Estado, porque, em caso contrário, não se

---

<sup>154</sup> Ob. cit., loc. cit.

faria a leitura do CPC à luz da atual Constituição, norma hierarquicamente superior. Esta prevê a responsabilidade do Estado e ressalva o direito de regresso contra o funcionário que age dolosa ou culposamente; o que o CPC indica são os casos em que o direito de regresso é enquadrado no tocante às atividades do juiz<sup>156</sup>.

A doutrina favorável à noção de responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais observa que já existe embasamento teórico e legal para tanto. O Estado é uma unidade, somente seus Poderes são separados para promover uma otimização dos resultados de suas atividades cotidianas, com maior grau de especialização e produtividade, ficando uma a cargo de controlar a execução das atividades das demais. Se um dos seus Poderes pode ser responsabilizado e há base legal para isto, não haveria porque excluírem-se os outros Poderes, sob pena de criar uma disfunção no controle das funções do Estado, dentre elas o bem comum.

Outra questão a ser levada em conta é o distanciamento temporal entre a legislação aplicável e o solucionamento equitativo das lides. Muitas vezes se apresentam normas no sistema jurídico que não acompanham os anseios sociais de justiça e equidade, aos quais o Direito não poderia deixar de alcançar.

O juiz é instrumento desta busca, ao aplicar a lei de modo a favorecer o escopo finalístico dos ordenamentos, a manutenção da paz e da ordem social. ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>157</sup> possui entendimento semelhante: “De fato, ainda que na aplicação do direito deva-se levar em conta os aspectos políticos e sociais, não pactuamos com a idéia de que o juiz possa sobrepor o seu conceito pessoal de justo com a legalidade. Com efeito, muitos autores têm exigido que o juiz, ao decidir o caso concreto, verifique se o resultado a ser atingido pela aplicação da lei é justo e, caso contrário, deverá trilhar o caminho do fazer justiça e não simplesmente tornar-se um aplicador de normas.” A grande tarefa do magistrado é

---

<sup>155</sup> Ob. cit., p. 27.

<sup>156</sup> Posição semelhante à de: DINIZ, Maria Helena (ob. cit., p. 577).

<sup>157</sup> Ob. cit., p. 129.

equilibrar e conciliar justiça e legalidade nas situações que a ele se apresentam e que demandam decisão.

### **Subseção III - Elementos para verificação da incidência de responsabilidade**

Seguindo o conteúdo da parte geral da responsabilidade do Estado, podemos identificar os elementos para incidência da responsabilidade por atos jurisdicionais: dano indenizável, conduta qualificada pelo agente (neste caso, o magistrado) e nexo causal.

O dano, vale lembrar, deve ser ressarcível, identificado e quantificável, excluindo-se eventuais lesões de pequeno valor. Deve ser um evento que seja especialmente incidente a um determinado indivíduo e fora dos padrões normais em que se desenvolvam cotidianamente as atividades jurisdicionais. “(...) o dano deve ser oriundo da efetiva violação de um direito subjetivo, e pode resultar em prejuízos patrimoniais e morais, sendo, entretanto, indispensável a possibilidade de ser liquidado monetariamente”, segundo o já citado jurista ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>158</sup>.

A conduta qualificada não apresenta maiores dificuldades para ser compreendida, sendo que o juiz é o agente qualificador de tal conduta. Pode ser tanto comissiva quanto omissiva, lícita como ilícita; causando dano, é passível de responsabilização.

Como conduta comissiva lícita pode-se dar o exemplo de uma sentença negativa de paternidade prolatada sem a realização de exame de DNA, apenas com as provas produzidas nos autos por testemunhos, documentação, etc; se foi feito o exame de DNA após o trânsito em julgado da sentença e confirmou a paternidade, com certeza tal fato surtirá efeitos patrimoniais e morais (principalmente) que exigem reparação. A conduta comissiva ilícita exemplificativa é a de incidência nas

---

<sup>158</sup> Idem, p. 174.

hipóteses do artigo 133 do CPC, como no caso ocorrido recentemente com juízes federais no estado de São Paulo que comercializavam suas sentenças.

No caso das condutas omissivas lícitas, o exemplo a ser dado é da inércia do magistrado ante a ocorrência de incompetência relativa que, ao final da lide, tenha repercutido na solução do mérito. E como conduta omissiva ilícita, pode-se tomar como exemplo a falta de manifestação do juiz, propositadamente, a respeito da prescrição bienal em processo trabalhista em que o réu é considerado revel.

Sobre o nexo de causalidade o que se pode afirmar é que, em se tratando de magistrados, a observância de tal elemento deve ser muito mais explícita do que o normal, pois envolve uma carreira com comprometimento profissional e moral bastante intenso. É fundamental saber separar em certos casos o que foi causado pela atividade jurisdicional e o que foi causado pela atividade judicial, como explicado anteriormente, para transmitir a carga responsabilizatória sobre o Poder Público e sobre o próprio juiz com certeza e segurança. O liame causal, como na responsabilidade estatal geral, une o dano e seu causador para a configuração desta, sendo elemento central da responsabilidade.

## **Seção II - Abordagem analítica do tema**

Neste espaço procura-se o aprofundamento teórico do tema através da visualização dos componentes da seção anterior de forma mais concreta, com o fito de dar subsídio às discussões posteriores de caráter crítico. Passa-se à análise do enquadramento dos conceitos teóricos estudados buscando fixar os mesmos de acordo com o posicionamento doutrinário existente.

## Subseção I - Espécies de responsabilidade do Estado-Juiz

Aqui se toma como paradigma de análise a classificação de MAURO CAPPELLETTI<sup>159</sup> a respeito da tipologia da responsabilidade, por ser de caráter científico mais embasado.

O citado autor enuncia os tipos de responsabilidade pelos atos jurisdicionais encontrados na sociedade, estudando-os nos diversos sistemas jurídicos em que estão presentes, procurando seus pontos positivos e negativos, com o escopo de fundamentar quais seriam as espécies decorrentes destes tipos que teriam maior eficácia se colocadas em prática.

Como tipos de responsabilidade, para o autor, existem: a responsabilidade política, a responsabilidade social e a responsabilidade jurídica.

A responsabilidade política tem como características a submissão dos casos de responsabilização a órgãos políticos do mais alto nível hierárquico do Poder Executivo ou do Legislativo e a repressão a condutas que contrariam deveres de natureza política. Aponta ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>160</sup> a importância deste tipo de responsabilidade na atualidade: “A necessidade desse controle, entretanto, cresce sobremaneira diante dos novos papéis assumidos pelos juízes, em especial no que se refere à sua discricionariedade e decisões fundadas em interpretações que têm um escopo político. Assim, sempre que o juiz deixar a vontade política se sobrepor à legalidade, aí sim estará praticando ato que pode gerar a sua responsabilização.” Apresenta-se principalmente nos países com o sistema jurídico da *Common Law*, onde as decisões jurisdicionais têm um caráter mais político pela própria concepção da jurisdição destes países.

Relata CAPPELLETTI dois procedimentos de cunho responsabilizatório que servem para a compreensão da dinâmica deste tipo de responsabilidade. O procedimento do *address*, na Inglaterra, é adotado nos casos de “*misbehavior*” (nas

---

<sup>159</sup> Ob. cit., p. 35-93.

categorias “*unfitness*” ou “*impropriety*”). Trata-se de uma petição endereçada ao chefe do governo (no caso, para a Rainha) pelo Parlamento, solicitando a remoção do magistrado investido no cargo por prática de conduta desaprovada. O juiz é nomeado sob a condição “*during good behavior*”, ou seja, enquanto tiver bom comportamento; assim, se conduzir-se com “*misbehavior*” (mau comportamento) nas suas atividades, seja praticando um delito que impediria sua investidura (*unfitness*), seja exercendo suas atividades cotidianas de modo impróprio, insubordinado ou descuidado (*impropriety*), pode ser removido de seu cargo, devendo ser notificado do procedimento e podendo apresentar defesa.

Existe também o procedimento do *impeachment*, presente nos Estados Unidos, e da *Richteranklage*, da antiga República Federal Alemã, entendidos pelo autor referido como de caráter mais constitucional do que propriamente político. É procedimento de acusação da má conduta do juiz, julgado perante o Senado norte-americano e perante a Corte constitucional na República Federal Alemã, previsto na Constituição daqueles países para os casos de traição, corrupção ou delito grave. Pela complexidade dos procedimentos, foram sistematicamente abandonados, sendo que na Inglaterra, onde era também utilizado, o último caso julgado foi em 1806, na Alemanha Ocidental não se tem notícia de sua utilização por alguma vez e nos Estados Unidos foram julgados dez juízes, porém apenas cinco deles foram condenados<sup>161</sup>. Acena ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>162</sup> com a possibilidade de *impeachment* dos Ministros do STF por crimes de responsabilidade, nos termos do artigo 52, inciso II da Constituição Federal, mas que seria de abstruso enquadramento aos magistrados.

O aspecto positivo da responsabilidade política lembrado por CAPPELLETTI é de permitir a independência dos juízes, pois os procedimentos de responsabilização são específicos para alguns casos, mas como caráter negativo do tipo analisado apresenta-se a complexidade dos mesmos, de mínima aplicabilidade,

---

<sup>160</sup> Ob. cit., p. 137-138.

<sup>161</sup> Vide relato de alguns casos às fls. 42-43.

<sup>162</sup> Ob. cit., p. 143.

o que permitiria a impunidade de algumas situações lesivas pela utilização de subterfúgios de interpretação da incidência da responsabilidade.

A responsabilidade social se apresenta como alternativa que tem por base a prestação de contas dos atos praticados pelo juiz diretamente à própria sociedade, por meio de entidades sindicais, partidos políticos ou até mesmo pelos meios de comunicação. CAPPELLETTI dá como exemplo histórico o caso da URSS, onde os juízes eram eleitos pelos “soviets” e deviam prestar contas junto ao reduto eleitoral onde estavam circunscritos, sendo que tal sistema puro de responsabilização não aparece em nenhum outro país atualmente. Inúmeras são as críticas a este tipo de responsabilidade, principalmente com base na fulminação da independência do magistrado na tomada de suas decisões, por receio de represália daqueles a quem deverá prestar contas posteriormente.

A doutrina narra também, com grande temor (e justificadamente), a incidência atualmente deste tipo de responsabilidade no fato da pressão feita pelos órgãos de comunicação em massa, que não tem a preocupação com a aplicação técnica do Direito e criam o anseio popular por justiça a qualquer custo, inventando a imagem da “opinião pública” que acaba por pressionar a magistratura no momento de suas decisões em casos de grande controvérsia e dando a idéia de legitimidade social através de tal atuação. Trata-se de grande falácia, que procura atender apenas àqueles que tem como manipular tais meios de comunicação em seu favor, seja para se aproveitar da decisão a ser proferida, seja apenas para auferir mais lucros pela audiência proporcionada pelos debates públicos sobre a lide.

Como última espécie de responsabilidade apresentada pelo autor tomada como referência, existe a responsabilidade jurídica. O jurista procurou dividi-la em responsabilidade penal, disciplinar e civil, conforme a conduta condizente e seus efeitos. Este tipo de responsabilidade é a mais adotada por permitir maior dose de segurança e independência aos magistrados, possibilitando também a repressão das condutas errôneas através de meios jurídicos legalmente previstos e eficazes.

A responsabilidade penal é tratada como de maior nitidez e de fácil apreensão, pois está relacionada com a prática das condutas tipificadas no ordenamento jurídico penal. Quanto aos crimes comuns, o juiz responde como os demais indivíduos, ao proceder a conduta típica. No tocante aos crimes próprios, podem ser enquadrados como aqueles específicos dos agentes públicos, como a concussão, a prevaricação, o peculato, dentre outros, e aqueles que só podem ser praticados no exercício da atividade jurisdicional, como a denegação de justiça e a omissão dolosa. Em qualquer caso de conduta criminosa é necessária a autorização do Tribunal a que está vinculado o magistrado para se proceder a investigação criminal, por força do artigo 33 da Lei Orgânica da Magistratura. Na opinião de ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>163</sup>, “esse privilégio concedido ao magistrado não se justifica, na medida em que, nos crimes de funcionários públicos, qualquer um está sujeito a injustas acusações de pessoas interessadas em causar-lhes prejuízos como forma de vingança. Já nos demais crimes, a prerrogativa constitui verdadeiro privilégio odioso incompatível com o Estado de Direito.” No entanto, ainda subsiste tal “prerrogativa” a proteger de certa forma a magistratura.

A responsabilidade disciplinar tem o mesmo cunho da aplicada aos servidores públicos em geral: repreender o causador do dano pela conduta e não pela ocorrência do dano propriamente. É tida por CAPPELLETTI como de natureza publicística, contrapondo-se à responsabilidade civil, de caráter privatístico. Não existe uma tipificação *numerus clausus* das condutas que são passíveis de responsabilização disciplinar, mas devem ser entendidas como aquelas em que há descumprimento do dever de conduta idônea tanto no exercício de suas atividades quanto na vida em sociedade.

As preocupações doutrinárias são quanto ao sistema de responsabilização disciplinar e quanto às formas de punição do magistrado. Quanto ao sistema de responsabilização, pode-se adotar um sistema composto ou somente por integrantes do Poder Judiciário, ou somente por pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário ou um sistema misto. Um sistema interno tem como mazelas o corporativismo da

---

<sup>163</sup> Ob. cit., p. 153.



carreira e o isolamento dos magistrados, tendendo a responsabilizações que analisam mais o caráter político do que o profissional do mesmo. Do mesmo modo o controle externo da magistratura poderia se conduzir, interferindo até mesmo na independência funcional dos juízes. O sistema misto pode ser mais bem-sucedido em suas tarefas por equilibrar as relações de forças dos componentes: os integrantes do Poder Judiciário impedindo o embasamento puramente político da responsabilização e os não integrantes impedindo o corporativismo.

Quanto à forma de punição, a Lei Orgânica da Magistratura no Brasil prevê as possibilidades de punição (art. 49 da LC 35/79), porém apresenta traços corporativistas ainda, por adotar-se um sistema disciplinar interno, haja vista a impossibilidade de censura expressa a juiz de Tribunal, de colocação em disponibilidade ou de aposentadoria com proventos proporcionais.

Por fim, na análise do autor referido, se apresenta a responsabilidade civil do juiz. Aqui se pode falar em responsabilidade civil porque não é o ente estatal que está sendo submetido à obrigação de indenizar e sim a própria pessoa do magistrado. A problemática com relação a este tipo de responsabilidade reside em dois aspectos: a existência de limitações no plano do direito substancial e a existência de obstáculos procedimentais. Logicamente que a situação brasileira é diversa da analisada por CAPPELLETTI porque este estuda o caso italiano, porém apresenta algumas semelhanças a serem abordadas aqui.

Quanto ao plano do direito substancial, encontra-se superada esta dificuldade no Brasil ante as disposições atuais do Código Civil (art. 43), do Código de Processo Civil (art. 133) e da Constituição Federal (art. 37, § 6º). A responsabilidade do Estado-juiz fica evidenciada na disposição presente no CPC, ora transcrita:

***“Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:***

***I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;***

***II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. (...)”***

A conduta do juiz, para ensejar sua responsabilidade pessoal, deve se enquadrar nos casos acima, ou seja, é similarmente limitada como no caso da Itália. Tem caráter de responsabilização subjetiva, portanto, uma vez que exige prova do dolo ou culpa do magistrado para ficar evidenciada sua incidência e, ante a disposição constitucional do art. 37, § 6º., pode ser efetivada por meio de ação regressiva do Estado contra o magistrado.

No tocante aos obstáculos procedimentais, também não se apresenta da mesma forma que no contexto italiano, pois, conforme analisado anteriormente neste trabalho, pode o ofendido interpor ação diretamente contra o juiz faltoso, não necessitando de autorização ou requisição a qualquer outro órgão que não o próprio Poder Judiciário, que tem o dever de apreciar a questão (art. 5º., inc. XXXV, CF/88).

Os modelos de responsabilidade judicial apresentados por CAPPELLETTI no final de sua obra são híbridos dos três tipos antes relatados, com a prevalência de um sobre os demais. São eles: repressivo, autônomo-corporativo e em função dos consumidores da Justiça.

O modelo repressivo é caracterizado pela “prevalência de soluções político-disciplinares” de cunho sancionatório para o controle do governante sobre os agentes públicos em geral. Peca pela ausência de limitações que permitam a independência dos juízes em suas atividades.

O modelo autônomo-corporativo representa a completa independência da magistratura, o isolamento do corpo do Judiciário de controles externos, o que é temerário na opinião do autor por representar uma “anarquia individual”, não

funcionando o mecanismo dos “freios e contrapesos” no tocante aos poderes estatais.

O modelo concebido como em função dos consumidores caracteriza-se como tendência evolutiva da prestação jurisdicional, ao conciliar os três tipos de responsabilidade e limitando as mesmas para que nenhuma se sobreponha às outras, permitindo a visualização da Justiça como um serviço a ser provido aos consumidores, que são os jurisdicionados, devendo estes acompanhar a execução das atividades judiciárias como acompanham a qualidade dos produtos que consomem nos mercados ou shopping-centers, exigindo que haja qualidade também na prestação da jurisdição, no dizer do Direito.

ODONÉ SERRANO JÚNIOR<sup>164</sup>, em brilhante exposição a respeito, observa: “Sendo imposto como o único possível de sua natureza, o serviço judiciário deve ser prestado com qualidade. O direito de ação importa, sem dúvida, no direito a um serviço judiciário de qualidade, ágil, eficiente, enfim, que atenda às exigências dos seus usuários.” CAPPELLETTI reconhece seu idealismo nesta concepção mas acredita na possibilidade futura de adoção de tal modelo pelo ordenamentos jurídicos em geral. Esta posição seria de grande valia à cidadania de todos, para que os indivíduos tivessem iniciativas semelhantes às adotadas pelos consumidores nas relações jurídicas consumeristas demandadas em juízo.

## **Subseção II - Elementos objetivos e subjetivos da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**

Como já observado na parte geral sobre a responsabilidade estatal, a responsabilidade por atos jurisdicionais poderá ser objetiva com relação ao Poder Público e subjetiva com relação ao agente, no caso, o juiz.

---

<sup>164</sup> SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais*, p. 107.

Não há dúvida da incidência de responsabilidade objetiva do Estado conforme anuncia GUIDO SANTIAGO TAWIL<sup>165</sup>: “Apesar da ferrenha oposição de alguns autores, resulta claro que a tendência predominante na atualidade é aquela que se inclina à eliminação da consideração dos elementos de ilicitude e culpa como fundamento da responsabilidade estatal.” Restam tais considerações somente nos casos em que se perquire a responsabilidade do magistrado por atos jurisdicionais.

Os elementos objetivos caracterizadores desta espécie de responsabilidade estatal são o dano injusto, a conduta qualificada pela presença do juiz e o nexo de causalidade, sendo elencada também a presença da jurisdição como serviço público por ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>166</sup>.

O dano injusto deve se apresentar como lesão a direito subjetivo injustamente sofrida em decorrência da prestação jurisdicional. Não há injustiça na simples sucumbência de uma das partes no processo, “é indispensável que, por ação ou omissão do juiz, tenha a parte sofrido uma violação de seu direito subjetivo, que não possa ser revertida no próprio processo.”, segundo o autor<sup>167</sup> acima referido. Além disso, deve apresentar os requisitos já analisados para o dano como a ilegitimidade, a certeza, a anormalidade e a especialidade.

A conduta danosa deve ter origem na atuação do magistrado propriamente, não podendo se confundir com aquela realizável também pelos escrivães, chefes de cartório ou diretores de secretaria. Somente tarefas exercitáveis com exclusividade pelo magistrado é que podem ensejar esta espécie de responsabilização; esta é a qualificação necessária para a conduta lesiva. Pode até mesmo atingir a quem não faz parte da lide, como preceitua RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES<sup>168</sup>: “A pretensão do terceiro prejudicado é justa e viável, não podendo suportar um dano patrimonial ao qual sequer deu causa. Na hipótese, aliás, o fundamento da reparação não repousa no mau funcionamento do serviço judiciário, mas no erro do

---

<sup>165</sup> Ob. cit., p. 113.

<sup>166</sup> Ob. cit., p. 171.

<sup>167</sup> Idem, p. 174.

<sup>168</sup> NUNES, Rômulo José Ferreira. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*, p. 100.

*decisum*, por não ter o juiz agido corretamente no cumprimento de seu mister. Resulta daí, com nitidez, o nexo causal entre o dano e a conduta errônea do juiz, a impor ao Estado e ao agente causador do dano obrigação de indenizar.” Contudo, o dano advém da atuação do Estado-juiz ao prover jurisdição.

O nexo de causalidade é ainda mais essencial para caracterizar esta espécie de responsabilidade estatal porque diferencia as atividades meramente judiciais das propriamente jurisdicionais. A vítima do dano deve comprovar que a ação ou omissão do juiz ao “dizer o Direito” efetivamente causou a lesão ao direito subjetivo que esta certamente possuía, perecendo ou prejudicando o mesmo.

A presença da jurisdição como serviço público é quase evidente e não faz parte da análise deste estudo, porém mencionada aqui ante a considerável relevância da obra do autor<sup>169</sup> que a enunciou como subsídio deste estudo. Diz o mesmo que “a atividade jurisdicional encontra-se elencada dentre as funções essenciais e exclusivas do Estado, razão pela qual é inquestionável sua natureza pública.”

Como elementos subjetivos mostram-se o dolo e a culpa do juiz na atuação jurisdicional. O dolo lesivo pelo juiz, ao exercer a magistratura, é abominável, inaceitável e incompreensível para os padrões normais de ética. A culpa também deixa transparecer situação de desgosto ou desprezo pela nobilíssima atividade jurisdicional, merecendo a reprovação contundente do ordenamento jurídico. Não se presumem tais elementos subjetivos, sempre devem ser provados, pois implicam em questionamento firme e sério sobre a honra e a capacidade do magistrado no desempenho de suas atividades. Pela relevância da causa, é inviável a inversão do ônus probatório.

---

<sup>169</sup> Idem, p. 172.

### **Subseção III - Excludentes da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**

As causas de exclusão da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais também advém daquelas existentes na parte geral já estudada anteriormente. São elas: culpa do lesado, força maior e culpa atribuível a terceiro. Discutível a hipótese de estado de necessidade como razão excludente da responsabilidade estatal, bem como o exercício regular de direito, por razões que serão objeto de discussão a seguir. Antes se deve apreciar a incidência de exclusão ante as outras hipóteses mencionadas.

A culpa do lesado aparece com frequência nos casos em que se argüi a responsabilidade do estado por atos jurisdicionais, por entender a vítima do dano que houve injustiça por parte do magistrado em não prover a tutela jurisdicional pretendida mas que, na realidade, não foi provida por sua própria falha no decorrer da tramitação processual, impossibilitando o magistrado de se pronunciar de outro modo.

Demonstra-se tal suposição, por exemplo, no caso em que o lesado, eventual reclamante, numa ação trabalhista onde o réu foi revel, pleiteia diferença de pagamento de horas extras com base na alegação de que o acordo coletivo de trabalho previa adicional acima do legalmente estabelecido, porém não junta aos autos o referido instrumento de negociação coletiva. A prestação jurisdicional não será favorável ao autor, mesmo este tendo certeza de seu direito subjetivo, se não comprovou o fato constitutivo de seu direito; portanto, por sua própria culpa, acabou tendo seu direito subjetivo lesado pelo ato jurisdicional, ficando a responsabilidade do Estado excluída totalmente neste caso ante a ausência de conduta qualificada causadora do dano.

Claro que, como ocorre na responsabilidade estatal em geral, pode concorrer a culpa da vítima com a do agente causador do dano. Imaginemos o exemplo da não interposição de recurso de decisão notoriamente injusta que só teria

efeito devolutivo; “nesse caso, o fato da vítima não ter interposto o recurso cabível não pode ser entendido como causa efetiva do dano de modo a excluir integralmente a responsabilidade do Estado”, conforme entende ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>170</sup>. Deve haver responsabilização do ente estatal, porém de forma mitigada, pois o ofendido concorreu para a configuração do dano.

A ocorrência de força maior também elide a responsabilidade estatal por atos jurisdicionais, ao fulminar o liame entre o dano e o ato jurisdicional comissivo ou omissivo. No entanto, sua visualização é muito mais rara do que a das outras excludentes ante a peculiaridade do mesmo. Fenômenos inevitáveis que pudessem impedir a prestação jurisdicional ou torná-la prejudicial são difíceis até de se imaginar. O autor antes citado dá o exemplo de enchente que inviabiliza as atividades forenses, porém não há ação e sim omissão do Estado no caso, que, se gerou dano, não é passível de responsabilização.

Pode existir também culpa atribuível a terceiro para o dano causado pelo ato jurisdicional, o que afastaria o elemento da qualificação da conduta pelo agente e, por consequência, o nexo causal. São os casos onde ocorre erro, coação, simulação ou fraude no processo, com o fito de se aproveitar a prestação da jurisdição para dar aparência de legitimidade dos atos. Como exemplo pode-se citar o caso da homologação de acordo arbitral onde há conluio entre o árbitro e uma das partes e o valor do acordo é alterado sem o conhecimento de tal situação pelo magistrado; não há como responsabilizá-lo porque este entendia que o acordo era fruto do mútuo consentimento das partes quanto aos termos do mesmo. Afasta-se a conduta danosa do agente, refletindo-se, por conseguinte, na ausência de nexo causal entre o ato jurisdicional e o dano.

Com relação ao estado de necessidade e o exercício regular do direito, cabe relatar que são hipóteses de exclusão da ilicitude, afastando a responsabilidade do magistrado, mas não a do Estado quando os demais elementos se encontram presentes, tornando-se esta subjetiva. Se, por exemplo, o juiz anula a execução de

---

<sup>170</sup> Ob. cit., p. 181.

um bem de terceiro ao acolher seus embargos, não há como responsabilizá-lo porque procedeu conforme determina a lei. O Estado somente seria responsável se comprovado dolo ou culpa no procedimento.

#### **Subseção IV - Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais no Brasil e no Direito Comparado**

Por último, nesta seção, apresenta-se a conjuntura atual sobre o tema no Brasil e em alguns países que adotam algum modelo de responsabilidade estatal por atos jurisdicionais.

A posição de ZULMAR FACHIN<sup>171</sup> resume bem o entendimento sobre o tema na doutrina moderna brasileira: “É uma tradição no Direito brasileiro indenizar o erro judiciário penal. A vítima deste erro judiciário pode requerer a devida reparação do dano. A Constituição prevê duas hipóteses de reparação de danos judiciais: quando houver erro judiciário e quando a prisão exceder ao tempo fixado na sentença. Quanto ao erro judiciário civil, profunda é a divergência doutrinária. Parte dos juristas entende não ser ele admitido por absoluta falta de previsão legal, mas doutrinadores mais recentes entendem que o erro decorrente da atividade judiciária, seja penal ou civil, deve ser reparado. Dentre os autores que admitem a reparabilidade do erro judiciário civil, alguns sustentam que isto somente pode ocorrer após a desconstituição da sentença por meio da ação rescisória. Outros, porém, sustentam que a reparação do dano decorrente de erro judiciário civil independe da prévia desconstituição da sentença, posição adotada neste estudo.” Assim, tratar do tema da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais é pisar em terreno pantanoso, ainda sem sedimentação teórica total e segura.

JOSÉ CRETELLA JR.<sup>172</sup>, jurista de credibilidade, ao tratar do tema, aduz que é “problema importante, que já foi resolvido, por alguns de nossos tribunais, no sentido da admissão da responsabilidade estatal por erro judiciário, ‘respondendo o juiz, correcionalmente, pela demora na decisão dos feitos, se causada por dolo,

---

<sup>171</sup> Ob. cit., p. 218.



culpa ou desídia' (RDA 53-183). Dum modo geral, entretanto, prevalece a tese da irresponsabilidade do Estado por atos do poder judiciário, somente cabendo indenização no caso do artigo 630 do Código de Processo Penal (STF, em RDA, 59-335), que preceitua: 'O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.' Três eminentes membros do Supremo Tribunal Federal, Aliomar Baleeiro, Bilac Pinto e Adalício Nogueira, admitiram a responsabilidade do Estado por desídia do magistrado (RDA 114/298 a 328)."

Na análise do Direito Comparado, Estados Unidos, Inglaterra e Israel adotam sistema de irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, sendo que o primeiro país não admite sequer a responsabilidade pessoal do magistrado, possibilitada nos dois outros, posição que aos poucos está cedendo.

Na França, admite-se a responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais, determinando o Código de Processo Civil francês que o processo deve ser intentado contra o ente estatal unicamente, não contra o juiz, podendo o Estado utilizar uma ação recursal para ser ressarcido das despesas que teve com a indenização da vítima.

Na Alemanha há determinação constitucional de que o Estado responde pelos danos que os juízes (bem como os demais funcionários) causam, não podendo ser estes demandados diretamente; é permitido também ao Poder Público intentar ação regressiva contra o magistrado em caso de dolo ou culpa grave.

Na Itália, a Lei 117/88 permite a responsabilização do Estado por atos jurisdicionais faltosos como a denegação de justiça ou a negligência inescusável, sendo a ação de reparação de danos intentada contra o Estado diretamente, podendo o juiz participar da mesma se houver possibilidade de futuro regresso do ente estatal contra ele; o regresso só é permitido em caso de dolo, não de falta grave; deve haver pronunciamento do Tribunal ao qual o juiz está vinculado para

---

<sup>172</sup> CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Administrativo*, p. 91.

este analisar a presença de pressupostos legais e autorizar a instauração do processo.

Na Espanha, há semelhança com o que ocorre no Brasil, sendo o Estado responsável objetivamente pelos atos jurisdicionais, podendo haver ação regressiva nos casos de dolo ou culpa.

### **Seção III - Abordagem crítica do tema**

Após vistos todos os fundamentos relacionados ao tema da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais e como se apresentam os mesmos na doutrina, reserva-se este espaço final ao debate sobre os pontos onde existe crítica acerca da aplicabilidade do instituto e a visão da jurisprudência brasileira atual, demonstrando-se aqui com que amplitude o assunto está sendo tratado.

#### **Subseção I - Da capacidade processual dos entes e dos agentes públicos**

Foi visto anteriormente neste estudo o debate que existe sobre a problemática do estabelecimento do pólo passivo da lide e da denunciação da lide no tocante à parte geral da responsabilidade do Estado. Com certeza, são dois pontos que merecem várias críticas pela falta de cuidado e precisão do legislador ao tratar do tema, porém necessitam de atenção ainda maior do aplicador do Direito, a fim de permitir a condução do processo de forma mais segura e ponderada. Assim, apresentar-se-á esta temática neste tópico para aprofundamento e melhor compreensão quanto aos atos jurisdicionais especificamente, seguida da análise da condução do trâmite processual.

Afirma LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ<sup>173</sup> que “os dois diferentes regimes que vigoraram no Brasil se distinguem quanto à ação que assegura os direitos do

---

<sup>173</sup> HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito Administrativo e Judiciário*, p. 68-69.

lesado em relação ao Estado, e deste em face do causador do dano. No regime solidário, a ação do lesado podia ser endereçada tanto contra o causador do dano como contra o Estado. No regime atual há necessidade de que o Estado tenha satisfeito o lesado, precedentemente, para se voltar contra o causador. Nas suas consequências, a diferenciação vai um pouco além. No primeiro caso, o lesado tem direito contra o Estado e contra o causador do dano, indistintamente, podendo acionar qualquer deles. No segundo, apenas contra o Estado, e esse o tem contra o causador do dano na hipótese de ter agido com dolo ou culpa.” Esta assertiva expõe com precisão a problemática já analisada em relação à ação regressiva e à denúncia da lide.

MARLI APARECIDA DA SILVA SIQUEIRA<sup>174</sup> orienta seu entendimento da mesma forma, com base no dispositivo constitucional, afirmando: “No Brasil não é permitido entrar com a ação diretamente contra o magistrado, promotores ou juízes; entra contra o Estado e este, posteriormente com a ação regressiva contra aqueles.” ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO<sup>175</sup>, com base numa interpretação sistêmica entre os dispositivos da Constituição Federal, do Código de Processo Civil e da lei Orgânica da Magistratura, se posiciona em sentido diverso, entendendo que a norma que garante a obrigação de indenizar os danos causados à vítima é aproveitada por esta e não pode ser restringida, sob pena de limitar seu direito.

No caso de erro judiciário, se a conduta for lícita o Estado responde porque a responsabilidade é objetiva e se for derivada de dolo ou culpa responde o Estado e o juiz conjuntamente porque a responsabilidade é subjetiva; na conduta ilícita, se o Estado for demandado sozinho, pode denunciar à lide ou exercer seu direito de regresso, e se o juiz for demandado sozinho, a responsabilidade do Estado torna-se subsidiária apenas. Já no caso de conduta omissiva, o ofendido pode interpelar o Estado, o juiz ou os dois conjuntamente, sendo que, na primeira hipótese, é permitido seu regresso contra o magistrado por denúncia da lide ou por ação autônoma.

---

<sup>174</sup> SIQUEIRA, Maria Aparecida da Silva. *Responsabilidade patrimonial do Estado por seus atos lícitos e ilícitos*, publicado na revista *Júris Síntese* n. 27, JAN/FEV-2001, p. 23-24.

<sup>175</sup> Ob. cit., p. 265.

GUIDO SANTIAGO TAWIL<sup>176</sup> aborda o assunto na Argentina, explanando a possibilidade sobre a acumulação de ações em face do Estado e do magistrado, sendo que a obtenção da reparação em uma delas excluiria a outra e que o Estado teria direito de regresso contra o magistrado caso fosse compelido a ressarcir, reconhecendo que o caso argentino é diferente do brasileiro, onde, segundo entendimento do autor sobre a interpretação do artigo 37, § 6º. da Constituição, deveria haver interposição prévia da ação contra o Estado e regresso deste contra o magistrado causador do dano.

RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES<sup>177</sup>, à luz dos ensinamentos de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, conclui que “como a responsabilidade do juiz não se limita às hipóteses previstas na lei processual civil, em se tratando de dano oriundo de ato jurisdicional, igualmente é aceitável que a ação de ressarcimento seja movida tanto contra o Estado como diretamente contra o causador, mas também pode sê-lo contra ambos simultaneamente. Caso seja o Estado chamado para responder pela indenização, deve reaver o que pagou às expensas do agente que se conduziu danosamente, submetendo-o, como prestador do serviço público judiciário, ao regime regressivo.” Embora a sugestão da experiência argentina mostrada por TAWIL de cumulação de ações pareça interessante à primeira vista, a conclusão acima tem ares de ser a mais acertada, equalizando-se assim direitos da vítima e do Estado quanto à apreciação da lesão pelo Judiciário e quanto ao acesso à justiça e ao devido processo legal.

Quanto ao tema da denunciação da lide, sinaliza ZULMAR FACHIN<sup>178</sup> no sentido de que “há, neste campo, duas teses bem delineadas: uma sustenta ser incabível a denunciação da lide por parte do Estado e outra argumenta que a medida processual é instrumento utilizável para tal finalidade. Esta divergência pode ser notada também na jurisprudência, em que a matéria está longe de alcançar consenso. Além disso, tem-se sustentado que a denunciação da lide cabe quando o fundamento da ação principal e da ação secundária é o mesmo: dolo ou culpa do

---

<sup>176</sup> Ob. cit., p. 187-189.

<sup>177</sup> Ob. cit., p. 138.

<sup>178</sup> Ob. cit., p. 241.

agente do Estado.” VICENTE GRECO FILHO<sup>179</sup> e HELY LOPES MEIRELLES<sup>180</sup> são defensores do primeiro entendimento, argüindo que os fundamentos jurídicos em que baseiam as obrigações do Estado e do magistrado de indenizar são diversas, sendo o do primeiro a responsabilidade objetiva e do segundo a subjetiva, posição também perfilhada pelo STF.

YUSSEF SAID CAHALI<sup>181</sup> expõe sua posição, ratificando o pensamento ora exposto, da seguinte maneira: “Em realidade, a denúncia do funcionário implica necessariamente na confissão da responsabilidade civil do Estado pela denunciante, na medida que se resolve no reconhecimento expresso do dolo ou culpa de seu servidor, como fundamento da denúncia; exaurida nesses termos da lide principal, cumpre ao Estado simplesmente adimplir a obrigação ressarcitória, mostrando-se imoral e despropositado pretender servir-se do mesmo processo instaurado pelo ofendido para, inovando a fundamentação da ação, recuperar de terceiro aquilo que já deveria ter pago, na composição do dano sofrido pela vítima; e desde que só este pagamento efetivamente realizado legitima a pretensão fazendária regressiva contra o funcionário culpado, resta-lhe apenas a ação direta de regresso para o reembolso.” Em sentido contrário, ARRUDA ALVIM<sup>182</sup> defende que a obrigatoriedade da denúncia da lide deflui da legislação civil, a qual pode ou não condicionar a perda do regresso à não denúncia. É o que ocorre na hipótese do artigo 70, inciso I, do CPC, relacionado com a evicção.

ZULMAR FACHIN<sup>183</sup> menciona a posição de BELIZÁRIO ANTONIO DE LACERDA, defensor da terceira corrente doutrinária, que entende que a denúncia da lide seria permitida nos casos em que a responsabilidade é baseada no critério subjetivo de dolo ou culpa.

---

<sup>179</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*, p. 12.

<sup>180</sup> Ob. cit., p. 592.

<sup>181</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 194.

<sup>182</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 2, p. 155.

<sup>183</sup> Ob. cit., p. 246.

Para esta controvérsia, a opinião de EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR<sup>184</sup> é, sem sombra de dúvida, salutar: “No nosso entender, afigura-se mais correto o ponto de vista de que a força vinculativa da denúncia depende da lei material. A uma, porque é nesta que se encontra a fonte da postulação regressiva; a outra, em face de omissão, nas normas procedimentais, de penalidade a esse respeito. (...) A despeito disso, sou pelo não cabimento da medida. O art. 37, § 6º. da CF, a exemplo das Constituições anteriores, visou, com a adoção da teoria objetiva do risco, à mais pronta e completa reparação patrimonial do cidadão pelos prejuízos infligidos pela ação, lícita ou ilícita, do Poder Público, que ficaria seriamente comprometida no tempo com a denúncia.”

A “Constituição-cidadã” de 1988 realmente tinha tal propósito, proteção do cidadão e defesa de seus direitos antes desrespeitados. A tempestividade na prestação da tutela jurisdicional não pode ser mitigada em face do direito à denúncia da lide pelo Estado; há de prevalecer aquele direito por ser de maior importância para a sociedade.

## **Subseção II - Da problemática da aplicação do instituto nos diversos tipos de provimentos jurisdicionais**

As tutelas jurisdicionais prestáveis pelo Estado possuem características diversificadas entre si, pois são adequadas a alguns determinados tipos de provimentos demandados pela sociedade quando requisitam do Poder Judiciário a apreciação dos casos concretos. Já as características da responsabilidade estatal por atos jurisdicionais são menos maleáveis, suportando menos flexibilidade em comparação com as tutelas jurisdicionais. Não há outra solução para tal problemática a não ser tentar enquadrar as tutelas jurisdicionais impróprias ou ilegítimas nos requisitos necessários para a responsabilização se esta é buscada pela vítima. O problema se apresenta em duas facetas: da interpretação dos conceitos normativos e da cognição processual.

---

<sup>184</sup> NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Responsabilidade civil do Estado e denúncia da lide*, publicado na RJ

JUARY C. SILVA faz importante análise sobre os conceitos jurídicos de uso do aplicador do Direito nas interpretações jurisdicionais, dividindo-as em elásticas, rígidas e super-rígidas. As primeiras são de caráter mais indeterminado, permitindo ampla interpretação de seu conteúdo (ex: boa-fé, ordem pública, interesse social, etc.). As rígidas têm conteúdo mais claro, delimitando a interpretação (ex: disposição “literal” da lei, intuito “manifestamente” protelatório, “fundado” receio de dano, etc.) e as super-rígidas são aquelas de interpretação ou significado previamente determinado pelo legislador (ex: art. 165, § 2º. da CF/88 – delimitação do conteúdo da lei de diretrizes orçamentárias).

A conclusão do autor<sup>185</sup> acima mencionado a respeito da interpretação do conteúdo da norma é de que “a errônea ou má aplicação da lei radica quase sempre em alguma falha judicial no que concerne à prova. Ainda quando se cuide de conceitos elásticos, não está o juiz desvinculado da prova, pelo que se a conduzir bem, e se bem a sopesar, dificilmente incidirá em má aplicação. Aliás, a interpretação é incindível da aplicação, na prática, visto como o processo não colima a solução das questões acadêmicas, mas a resolução de uma lide, de um conflito de interesses (...) em suma, na aplicação da lei ao caso concreto é que podem aflorar erros e falhas, que maculem e viciem o exercício da função jurisdicional; como essa aplicação não se dissocia da prova, simplifadamente é lícito asseverar que os erros e falhas emergentes se filiem à errônea condução da prova, ao menos no que se relaciona com o processo contencioso.” Deste modo, é interessante ressaltar como se mostra extremamente relevante a instrução processual para a jurisdição, sendo a decisão judicial embasada no labor realizado nesta fase do processo. Não haveria de ser diferente, pois, como há necessidade de fundamentação para as decisões judiciais, o esforço do julgador na busca do conjunto probatório indispensável à compreensão de seu raciocínio deve ser o mais árduo possível.

E aí chegamos ao outro problema relacionado acima, qual seja, da cognição processual. Sabe-se que esta pode ser sumária ou exauriente, conforme o aprofundamento que o processo permita quando da apresentação e análise do

---

n. 248 – JUN/98, p. 142.

conjunto probatório. Na cognição exauriente não poderia, a princípio, haver falha na interpretação da prova com base na lei, pois o juiz tem embasamento suficiente para poder pronunciar seu *veredictum* a respeito da causa. Assim, como o jurista acima comentou, a falha poderia se apresentar na condução da prova.

É de conhecimento geral que os tribunais estão abarrotados de autos à espera de uma decisão que pode mudar a vida de vários indivíduos. Sabe-se também da falta de juízes em diversas comarcas e tribunais por contingência de recursos públicos e por políticas públicas mal conduzidas neste tocante. A falha na condução da prova, por vezes, pode se relacionar a isto: juízes cansados, com excesso de serviço e exigência de prazos para julgamento, se obrigam a prestar tutela jurisdicional sem poder se ater mais cautelosamente à leitura dos autos, a conduzir audiências instrutórias a toque de caixa e a delegar sua prestação jurisdicional aos servidores lotados nas Varas para dar conta de toda a demanda. Logicamente, a condução da prova no processo fica extremamente comprometida, mas, no entanto, não se denota preocupação do Poder Público para com tais mazelas.

Felizmente, o legislador constitucional foi sensível ao problema, fazendo adentrar nas disposições do artigo 5º., referente aos direitos individuais fundamentais, o direito à apreciação da lesão ou ameaça ao direito pelo Poder Judiciário, além da indenização por erro judiciário ou por prisão além do tempo fixado em sentença. São direitos do cidadão que não se poderia permitir que não fossem respeitados, mesmo estando em choque com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Há quem entenda que as disposições constitucionais ora mencionadas se referem apenas à reparação de danos oriundos do campo penalístico<sup>185</sup>, por estarem inseridos junto com os dispositivos relativos sistemicamente a esta matéria e há aqueles que entendem que o legislador constituinte não distingue erro judiciário

---

<sup>185</sup> Ob. cit., p. 156-157.

<sup>186</sup> Defendem esta tese: CRETELLA JUNIOR, José (ob. cit., p. 91); VENOSA, Sílvio de Salvo (ob. cit., p. 279).



penal do civil, uma vez que não existe expressa menção de erro judiciário penal<sup>187</sup>. Atualmente a segunda corrente é majoritária em nosso país, sendo observável tanto o erro judiciário civil quanto penal segundo a doutrina.

A reparação por erro judiciário penal, decorrente do reconhecimento de inocência do indivíduo condenado judicialmente ou preso provisória ou temporariamente ou mesmo do que é vítima de abuso de autoridade, tem amparo no Código de Processo Penal, no artigo 630, e já existiam outras disposições legais penais no mesmo sentido desde o Código Criminal de 1890.

TOURINHO FILHO<sup>188</sup> entende no entanto que, mesmo ante a previsão do artigo 630 do CPP, o erro judiciário penal se repara conforme a disposição constitucional, pois esta solucionou qualquer dúvida quanto à responsabilidade do Estado nestes casos. Vale aqui o registro do entendimento do mesmo autor<sup>189</sup> quanto à prisão decorrente de confissão mediante coação (prática ainda comum em diversos estabelecimentos policiais quando se está na fase de inquérito): “Pensamos que se a confissão foi conseguida mediante coação por óbvio cabe a indenização.” A extensão aos casos de prisão provisória e de abuso de autoridade (no caso, o magistrado – ex: não concedendo fiança nos casos em que esta é permitida) é defendida por RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES<sup>190</sup>. O que vale é a lembrança de que é incontroversa a capacidade de responsabilização do Estado pelos atos jurisdicionais geradores de erro judiciário penal, ante as disposições legais ora mencionadas.

A responsabilização do erro judiciário civil tem como principais obstáculos a superação da imutabilidade da coisa julgada material e a imprescindibilidade de impetração de ação rescisória.

---

<sup>187</sup> Neste sentido: BARBI, Celso Agrícola (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 540); FACHIN, Zulmar (ob. cit., p. 190).

<sup>188</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, p. 794.

<sup>189</sup> Idem, ibidem.

<sup>190</sup> Ob. cit., p. 120-121.

Quanto à coisa julgada, esta é garantia de segurança jurídica dos jurisdicionados de que não haverá nova apreciação dos casos concretos pelo Poder Judiciário; sendo assim, o Estado assume o risco de promover eventuais atos jurisdicionais danosos que serão cobertos pelo manto da coisa julgada após o trânsito em julgado da sentença, devendo repará-los com base na teoria do risco<sup>191</sup>. Entretanto, a legislação processual civil prevê a possibilidade de desfazimento da coisa julgada através da ação rescisória; porém, para sua admissibilidade deve-se preencher alguma das hipóteses dos incisos do artigo 485 do CPC.

A problemática maior, entretanto, reside em se saber se é necessário interpor ação rescisória para se pleitear responsabilização do Estado; a doutrina moderna está se posicionando cada vez mais avessa a este tipo de pré-questionamento, valendo citar a posição de RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES<sup>192</sup> sobre o assunto: “Entendo, nos mesmos moldes da revisão criminal, que já não é mais indispensável a desconstituição do julgado cível, não impedindo a coisa julgada que se proponha a ação indenizatória. (...) Ora, se o litígio é solucionado definitivamente, e a sentença se torna imutável, sem mais qualquer possibilidade de recurso ou de mudança, quer acomodada à lei ou em desacordo com ela, justa ou injusta, o Estado deverá ser o garantidor da reparação de eventual prejuízo causado em virtude de impossibilitar novamente a sua reapreciação, por assumir o risco, mesmo que inevitável, de consagrar uma injustiça.” Incindível para este autor, portanto, a idéia da coisa julgada e do risco criado.

O problema, porém, se acentua no tocante às tutelas de cognição sumária. MARIANA RIBEIRO BRANDÃO<sup>193</sup>, em monografia sobre medidas cautelares (um dos tipos de processo de cognição sumária) apresentada perante a Faculdade de Direito da UFPR para conclusão de curso, aduz: “Dependendo das contingências de cada situação concreta é que poderá ser aferida a existência de responsabilidade do Estado e, também, a do magistrado. (...) Assim sendo, é natural que se exija do magistrado redobrada cautela quando diante de um pedido de tutela de urgência

---

<sup>191</sup> Cf. FACHIN, Zulmar (ob. cit., p. 198).

<sup>192</sup> Ob. cit., p. 121.

<sup>193</sup> BRANDÃO, Mariana Ribeiro. *Medida cautelar de ofício*, p. 105.

(para além dos requisitos tradicionais que se impõem para a concessão de tais provimentos, deve o juiz estar sempre atento para a questão da reversibilidade daquilo que decide).” LUIZ GUILHERME MARINONI<sup>194</sup>, ao falar sobre as mazelas existentes no processo civil atual e as soluções plausíveis, expõe sua opinião sobre a irreversibilidade da tutela antecipada: “(...) nos casos em que o direito do autor, que deve ser mostrado como provável, está sendo ameaçado por dano irreparável ou de difícil reparação é ilógico não se conceder a tutela antecipatória com base no argumento de que ela pode trazer um dano ao direito que é improvável.” Destarte, o tratamento dado ao caso concreto pelo juiz, que entender pela concessão da tutela de urgência, se baseia no adequado sopesamento das necessidades materiais (e também processuais) de cada uma das partes envolvidas no processo.

RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES<sup>195</sup>, do mesmo modo, assevera que “se a liminar objetiva evitar o dano irreparável do administrado, e estando presentes os pressupostos legais de sua concessão, tem o juiz o dever de deferi-la, sendo inadmissível que o impetrante sofra irreparável prejuízo pela denegação. (...) Caracteriza a responsabilidade estatal quando, devendo sustar o ato impugnado através de liminar, comprovados os requisitos legais, o juiz deixa de fazê-lo, apesar do impetrante obter provimento final favorável que se evidencia inócuo. (...) De igual modo, se, ausentes os requisitos, o juiz conceder a medida indevidamente e resultar em danos para o requerido, realiza-se uma clara demonstração de que o serviço judiciário funcionou defeituosamente.” A celeridade com que tais tutelas de cognição sumária são demandadas e necessárias não permitem do magistrado, por vezes, sequer o questionamento de sua convicção, pois é um juízo “de aparência”, no sentido de que o juiz julga conforme lhe parece estar configurado o direito subjetivo pleiteado naquele momento. Quanto menos ainda há qualquer argüição a respeito de eventual prejuízo que tal decisão possa causar.

A conclusão a que chega RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES<sup>196</sup> é a de que “sendo uma forma excepcional de atuação jurisdicional, deve o juiz ter redobrada

---

<sup>194</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 139.

<sup>195</sup> Ob. cit., p. 125.

<sup>196</sup> Idem, p. 126.

atenção ao avaliar os interesses em litígio, mormente porque a lei somente adverte sobre o ‘perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’, além de não se harmonizar com o princípio constitucional do devido processo legal. Assentado esse aspecto, não é demais afirmar que o instituto se reveste de um autêntico desafio ao juiz e, por isso, é possível que uma decisão precipitada, sem sopesar os argumentos expendidos (decorrente de dolo ou culpa), resulte em dano injusto para o réu, impondo o dever indenizatório do Estado-juiz, fundado na regra geral da responsabilidade do Poder Público.” Logicamente que a celeridade processual é inversamente proporcional à segurança jurídica, e assim é que os danos são (ou podem ser) causados. Entretanto, é cruel e atribuir a culpa de tal situação aos magistrados, sob pena de um êxodo maciço dos bacharéis para outras áreas do Direito. Há de ser lavada em consideração as mazelas antes explicitadas a que o Poder Judiciário integralmente está submetido.

Registre-se neste espaço a insuficiência doutrinária quanto aos temas das ações coletivas relacionadas com o pleito responsabilizatório, declarando-se desde já o posicionamento a favor da defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e do poder geral de cautela (artigo 798 do CPC), com limites ainda pouco delineados pelos juristas, mas suscetível de provocação de danos, que devem ser ressarcidos.

Tendo em vista esta situação e diante de todo o exposto ao decorrer deste estudo, evidente fica a constatação de que a problemática não é processual, tampouco somente doutrinária, porém questão de ordem e política pública voltada às necessidades de todos os cidadãos, aí incluídos os magistrados.

### **Subseção III - Da verificação da aplicabilidade do instituto da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais na jurisprudência e sua análise**

DI PIETRO<sup>197</sup> atesta a posição jurisprudencial no Brasil nos seguintes termos: “A jurisprudência brasileira, como regra, não aceita a responsabilidade do

---

<sup>197</sup> Ob. cit., p. 559.

Estado por atos jurisdicionais, o que é lamentável porque podem existir erros flagrantes não só em decisões criminais, em relação às quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também nas áreas cível e trabalhista. Pode até ocorrer o caso em que o juiz tenha decidido com dolo ou culpa; não haveria como afastar a responsabilidade do Estado. Mas, mesmo em caso de inexistência de culpa ou dolo, poderia incidir esta responsabilidade, se comprovado o erro da decisão.” Porém, pouco a pouco esta situação vai mudando, conforme se observa neste voto de acórdão em Recurso Extraordinário do excelentíssimo Ministro do STF, Aliomar Baleeiro, citado por VERA LUCIA R. S. JUCOVSKY<sup>198</sup>.

***“Assim, a meu ver, o art. 105 (hoje 107) da Constituição Federal de 67, abarca em sua aplicação os órgãos e agentes do Estado, como os Chefes do Poder Executivo, os Ministros e Secretários de Estado, os Prefeitos, ainda que não sejam funcionários no sentido do Direito Administrativo. E, com maior razão, também os Juízes, como agentes do Estado para a função jurisdicional deste, que os coloca sob regime especial de garantias no interesse de tal função. Esse regime especial e natureza específica de sua atividade não lhes tiram o caráter de funcionário público ‘lato sensu’.”***

ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO traz ementa do TJRJ sobre dano causado em processo de execução, no seguinte sentido:

***“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O ESTADO EM RAZÃO DE DANO IRREVERSÍVEL CAUSADO À PARTE EM VIRTUDE DE OMISSÃO ILEGAL VERIFICADA EM ATO JURISDICIONAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, XXI, § 6º. DA CF/88. PROCEDÊNCIA DA***

---

<sup>198</sup>JUCOVSKY, Vera Lúcia R.S. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*, p. 73.

**AÇÃO. (Apelação cível 4.154/90 – 4ª. C. – rel. Des. Antônio de Castro Assumpção, DJ 10.12.1991, Revista Jurídica, n. 179, 1992, p. 81-83.)”**

JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR<sup>199</sup> também traz à baila alguns julgados a respeito do tema, cabendo aqui a transcrição de alguns deles, por brevidade:

**“AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. ALVARÁS REQUERIDOS EM FORO COMPETENTE. NEGLIGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS ÀS PARTES. INDENIZAÇÃO INCABÍVEL. 1. Improcede a alegação de nulidade de sentença argüida pela parte, porque o conteúdo da carta precatória em nada influenciou nos fundamentos da r. sentença. 2. O foro é competente, uma vez que o alvará pode ser requerido em comarca diversa da situação o imóvel. 3. O Estado não pode responder civilmente por atos legalmente praticados por Juiz de Direito, investido em sua função jurisdicional. Improvimento do recurso. (TJPR, Ap. Cív. 1182/88, j. em 11/04/89, rel. Des. Osiris Fontoura)**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO JURISDICIONAL. COISA JULGADA. A sentença dotada dessa autoridade torna-se imutável e indiscutível (CPC, art. 467). Adquire força de lei nos limites da lide e das questões decididas (idem, art. 468). Não sobra espaço para que se lhe questione o acerto. É por isso que não acarreta responsabilidade civil para o Estado, frente aos sujeitos da relação**

---

<sup>199</sup> Ob. cit., p. 91-123.

*processual a que corresponde. (TJPR, <sup>a</sup> Res. 3776100, j. em 06/12/90, rel. Des. Ivan Righi – cf. STJ, Ag. De Inst. 15800 – Paraná)*

*Não se escusa a União por se tratar de ato de juiz. Tais atos, uma vez que não revistam força de sentença que tem em seu prol a presunção irrefragável da verdade, res iudicata pro veritate habetur, podem originar responsabilidade à União. Em longo e fundamentado voto, com largas citações doutrinárias, já procurei mostrar a íntegra procedência desse asserto, invocando a opinião, entre autores nacionais, de Alcino Salazar, em prestimosa monografia sobre o assunto (RTJ 59/787). Assim e por isso, indubitosa a legitimidade passiva ad causam do Estado de Minas Gerais (...). (voto vencido do Des. Thompson Flores, TJMG, Ap. Cív. 73286, j. Em 08/03/88, rel. Des. Lúcio Urbano, Jur. Bras. 136/183)*

**AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO.** Ao prever a rescisão de sentença por ocorrência de erro de fato, o legislador processual civil expressamente determinou que este não poderia ser considerado quando houvesse controvérsia ou pronunciamento judicial sobre o fato – art. 485, IX, 2º. do CPC. A decisão com trânsito em julgado não pode ser rescindida ainda que o Juiz erre na apreciação da prova, pois o valor mais alto a ser resguardado é a segurança dos pronunciamentos judiciais. Recurso Ordinário desprovido. (TST, Rec. Ord. 70556/93, D.O. de

**02/12/94, rel. Min. Ney Doyle, Bol. de Jur. LBJ/ Juruá, 60/2836)**

**CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DENÚNCIA DA LIDE. ARTS. 70, III, DO CPC E 37, §6º. DA CF/88. A ação de indenização, fundada em responsabilidade objetiva do Estado, por ato de servidor público (art. 37, § 6º. da CF/88 e art. 107, parágrafo único, CF/69), não comporta obrigatória denunciação a este, na forma do art. 70, III, do CPC, para a apuração de culpa, e estabelecimento, na sentença, da responsabilidade do funcionário para com a Administração. Apelo e agravo providos. (TRF, 1ª. Região, Ap. Cív. 910114140-6, j. em 26/10/92, rel. Juiz Nelson Gomes da Silva, Jur. Bras. 170/139)**

**ERRO DE FATO. CARACTERIZAÇÃO. Só se admite erro de fato para se rescindir uma sentença, se sobre ela não tiver havido pronunciamento judicial, ou se houvesse o magistrado atentado para a existência de prova. (TST, Rec. Ord. A. Res. 92315/93, D.O. de 19/05/95, p. 14204, rel. Min. José Calixto Ramos, Bol. de Jur. da LBJ/Juruá)”**

Colacionam-se aqui também alguns julgados provenientes do STJ a respeito do tema:

**“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO JUDICIAL. CONDENAÇÃO CRIMINAL AFASTADA POR MEIO DE REVISÃO CRIMINAL. EVENTUAL OMISSÃO DO ACÓRDÃO NÃO ALEGADA PELAS PARTES. IMPOSSIBILIDADE DE**



**SEU RECONHECIMENTO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISCUSSÃO SOBRE SEU ÂMBITO DE INCIDÊNCIA. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. A nulidade do acórdão, em decorrência de suposta omissão pela Corte a quo em analisar tema relevante ao deslinde da controvérsia, - a verificação de eventual culpa exclusiva do autor - , não pode ser decretada por este Superior Tribunal de Justiça, diante da ausência do prequestionamento. Conquanto tenha decidido a lide nos limites em que deduzida, o tema da eventual existência de culpa exclusiva do réu não foi mencionado, sequer en passant, pela Corte "a quo" ou por qualquer das partes. A discussão estava centrada na conceituação e caracterização do erro judiciário no caso dos autos, em que o órgão julgador da revisão criminal concluiu que a conduta delituosa perpetrada pelo autor não passou de ilícito civil. O exame da matéria referente à caracterização da responsabilidade civil do Estado, decorrente do erro judiciário, envolve, certamente, rigorosa ponderação entre princípios constitucionais, visto que às disposições do artigo 630 do Código de Processo Penal sucederam as da Constituição Federal, sobretudo os artigos 5º, inciso LXXXV, e 37, § 6º. Recurso especial não conhecido. (STJ, RESP 292041/SP; Recurso Especial 2000/0131178-6 rel. Min. Eliana Calmon, j. em 10/12/2002, DJ 21.06.2004, p.185)**

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO -  
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO -**

**DENUNCIAÇÃO DA LIDE - DIREITO DE REGRESSO - ART. 70, III, DO CPC. 1. A denúncia da lide só é obrigatória em relação ao denunciante que, não denunciando, perderá o direito de regresso, mas não está obrigado o julgador a processá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional. 2. A denúncia da lide ao agente do Estado em ação fundada na responsabilidade prevista no art. 37, § 6º, da CF/88 não é obrigatória, vez que a primeira relação jurídica funda-se na culpa objetiva e a segunda na culpa subjetiva, fundamento novo não constante da lide originária. 3. Não perde o Estado o direito de regresso se não denuncia a lide ao seu preposto (precedentes jurisprudenciais). 4. Embargos de divergência rejeitados. (STJ, ERESP 313886/RN; Embargos de Divergência no Recurso Especial 2003/0098668-8, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 26/02/2004, DJ 22.03.2004, p.188)**

**ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO DE MAGISTRADO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA ACUSADO POR CRIME DE PREVARICAÇÃO. DENÚNCIA JULGADA INEPTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. DIREITO DE REGRESSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 70, III, CPC. PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS. PROSSEGUIMENTO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. 1. Descabida a pretensão de anular os arestos**

*proferidos pelo Tribunal a quo, uma vez que restaram devidamente expostos os fundamentos que deram suporte ao convencimento dos julgadores, de modo a não se verificar qualquer omissão, contradição ou obscuridade, encontrando-se, pois, em plena conformidade com as normas processuais estabelecidas pelo Código de Ritos. 2. A denunciação da lide prevista pelo art. 70, III, do CPC, só será obrigatória na hipótese de o denunciante, tendo o pedido de denunciação indeferido, perder o direito de regresso. 3. Nos casos de responsabilidade prevista pelo artigo 37, § 6º, da Carta Magna, não há de ser obrigatoriamente aceita a denunciação da lide pelo magistrado, haja vista que esta poderá ferir os princípios da celeridade e economia processual, fundamentadores do instituto em comento, ficando, no entanto, resguardado o seu direito de regresso. 4. Em consonância com o art. 1525 do Código Civil de 1916, as instâncias penal, civil e administrativa são autônomas, de modo a autorizar a Administração Pública a se valer de seus próprios procedimentos, bem como a aplicar sanções administrativas, independentemente de prévio julgamento de ação penal, ainda que o servidor faltoso tenha procedido com conduta configurada, em tese, como crime. 5. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial. Vistos, etc. Trata-se de agravo de instrumento (fls. 2/7) interposto pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO contra decisão (fls. 118/120) que negou seguimento a recurso especial (fls. 71/86) sob o fundamento de que: a) não houve prequestionamento da matéria; b) trata-se de decisão com arrimo nos*

*atos da causa, encontrando óbice na Súmula nº 7 do STJ. O aresto recorrido restou assim ementado (fls. 49/50): "DANO MORAL. ATO JUDICIAL TÍPICO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MAGISTRADO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA. PREVARICAÇÃO. DENÚNCIA. AÇÃO PENAL. REGISTRO EM FICHA FUNCIONAL. PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS. 1. A norma contida no inciso LXXV, art. 5º, da Constituição Federal se aplica às atividades jurisdicionais em face de sua natureza e peculiaridade. 2. A norma do § 6º, do art. 37 da Carta Magna, se aplica a toda a Administração Pública, inclusive ao Judiciário, quando exerce função meramente administrativa. 3. O Estado não é responsável por atos do Poder Judiciário e dos membros do Ministério no limite do exercício de suas funções. 4. O Ministério e o Magistrado possuem imunidade no exercício de suas funções. 5. Necessária, portanto, a prova da ocorrência de erro judiciário. 6. Extinta a ação penal, pela inépcia da inicial, excluem-se as anotações da ficha funcional e encerram-se os procedimentos administrativos. 7. Provimento parcial do recurso". Foram opostos embargos de declaração, os quais restaram improvidos, nos termos da seguinte ementa (fl. 66): "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E CONTRARIEDADE. OMISSÃO. DESPROVIMENTO. 1. À evidência, os embargos declaratórios não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe de aprimoramento. 2. Ocorre que, como o acórdão obscuro ou omissivo não expõe, de imediato, a recurso especial, ampliou-se o*

*uso dos declaratórios, como pressuposto específico para a interposição do especial. 3. No entanto, mesmo quando os declaratórios tenham sido interpostos com fim de prequestionamento, devem observar os limites do art. 535, do Código de Processo Civil (obscuridade, contradição ou omissão). 4. Ocorre a contradição quando o julgado contém proposições entre si inconciliáveis. 5. Desprovemento dos declaratórios". O agravante alega, em suma, que houve o devido prequestionamento da matéria, haja vista que foram opostos embargos declaratórios com o fito de prequestionar os dispositivos invocados. Aduz, ainda, que não houve pretensão de reexame de prova, uma vez que se discute apenas violação dos artigos 70, inciso III e 1.525 do antigo Código Civil, de modo que as teses invocadas giram em torno de matéria exclusivamente de direito. Ofertada contraminuta (fls. 123/125) no prazo legal, alega o agravado, em síntese, que as questões agora expostas não foram ventiladas em nenhum momento nas decisões emanadas no decorrer do processo. Afirma, outrossim, que a Súmula nº 7 do STJ impede a admissão do recurso, visto que veda o reexame de prova. Relatados, decido. Conheço do agravo de instrumento. Passo à análise do especial. Verifica-se que o recurso especial foi interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual se requer a anulação dos acórdãos recorridos por ofensa aos artigos 131, 165, 458, II, e 535, II, do CPC, ou, assim não entendendo esta Corte Superior, seja procedida a sua reforma por afronta aos artigos 70, inciso III, do*

**Código de Processo Civil e 1.525 do Código Civil de 1916. Quanto à pretensão de anulação dos arestos proferidos pelo Tribunal a quo, não há que prosperar, uma vez que restaram devidamente expostos os fundamentos que deram suporte ao convencimento dos julgadores, de modo a não se verificar qualquer omissão, contradição ou obscuridade, encontrando-se, pois, em plena conformidade com as normas processuais estabelecidas pelo Código de Ritos. No tocante ao artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil, que se alega violado, importa observar que a denúncia da lide prevista por este dispositivo só será obrigatória na hipótese de o denunciante, tendo o pedido de denúncia indeferido, perder o direito de regresso. Assim, não sendo este o caso dos autos, é perfeitamente admissível a rejeição do seu processamento quando o julgador entender ser excessivamente onerosa a uma das partes. Ademais, a denúncia da lide de agentes do Estado nos casos de responsabilidade prevista pelo artigo 37, § 6º, da Carta Magna, não há de ser obrigatoriamente aceita pelo magistrado, haja vista que poderá ferir os princípios da celeridade e economia processuais, fundamentadores do instituto em comento, ficando, no entanto, resguardado o seu direito de regresso. Neste sentido, vejam-se os seguintes julgados:**

**"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DENÚNCIAÇÃO DA LIDE - DIREITO DE REGRESSO - ART. 70, III, DO CPC. 1. A denúncia da lide só é obrigatória em relação ao denunciante que, não denunciando, perderá o direito de regresso, mas não**

*está obrigado o julgador a processá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional.*

*2. A denúncia da lide ao agente do Estado em ação fundada na responsabilidade prevista no art. 37, § 6º, da CF/88 não é obrigatória, vez que a primeira relação jurídica funda-se na culpa objetiva e a segunda na culpa subjetiva, fundamento novo não constante da lide originária.*

*3. Não perde o Estado o direito de regresso se não denuncia a lide ao seu preposto (precedentes jurisprudenciais).*

*4. Embargos de divergência rejeitados". (ERESP 313886/RN, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 22.03.04) "PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DENÚNCIAÇÃO À LIDE. AGENTE CAUSADOR DANO. NÃO OBRIGATORIEDADE. ART. 70, III, CPC. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. I - É entendimento assente nesta Corte Superior de que a denúncia à lide do agente causador do dano, em ações de indenização por responsabilidade civil do Estado, não seria obrigatória, permanecendo a possibilidade da Administração exercer seu direito de regresso, posteriormente, em ação apropriada. (...) III - Agravo regimental a que se nega provimento. (AGA 471590/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 08.09.03) Com relação à alegação de afronta ao artigo 1.525 do Código Civil de 1916, assiste razão ao recorrente. Isso porque, conforme previsto no dispositivo mencionado, as instâncias penal, civil e*

*administrativa são autônomas, de modo a autorizar a Administração Pública a se valer de seus próprios procedimentos, bem como a aplicar sanções administrativas, independentemente de prévio julgamento de ação penal, ainda que o servidor faltoso tenha procedido com conduta configurada, em tese, como crime. Dessa forma, o reconhecimento pelo Judiciário de que a denúncia formulada contra o recorrente foi inepta não impede que os mesmos fatos nos quais se basearam a ação penal sirvam de fundamento para a instauração de quaisquer procedimentos administrativos. Logo, a anotação na ficha funcional do servidor, tal como ocorreu no vertente caso, mostra-se plenamente cabível, haja vista que não houve decisão de mérito no âmbito criminal apta a afastar a autoria e a materialidade que se investiga administrativamente. A propósito, confirmam-se os precedentes adiante dispostos:*

**"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na**



*doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. (...) IV - Recurso conhecido e desprovido". (ROMS 16981/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 17.05.04) "MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. PEDIDO DE PERÍCIA EM FITA DE VÍDEO. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE SENTENÇA PENAL TRANSITADA EM JULGADO OU DE INQUÉRITO POLICIAL. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. INOCORRÊNCIA DE FLAGRANTE PREPARADO. REEXAME DAS PROVAS PRODUZIDAS PELA COMISSÃO PROCESSANTE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, assim como a do Supremo Tribunal Federal, têm firme entendimento no sentido de que a nulidade do processo administrativo disciplinar é declarável quando restar evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do servidor acusado, observando-se o princípio pas de nullité sans grief. (...) 4. "Doutrina e jurisprudência são unânimes quanto à independência das esferas penal e administrativa; a punição disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração Pública a aguardar o desfecho dos mesmos." (MS 7.138/DF, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 19/3/2001). Precedente do STF. (...) 7. Ordem*

denegada". (MS 7863/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 16.12.02) Ante o exposto, **CONHEÇO DO AGRAVO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL** reconhecendo a legalidade do prosseguimento dos procedimentos administrativos porventura instaurados contra o recorrido, bem como a manutenção dos assentamentos negativos constantes de sua ficha funcional a fim de se apurar eventual responsabilidade de índole exclusivamente administrativa. (AG 547144/RJ 2003/0156803-5 - Rel. Min. José Delgado - DJ 10.09.2004)

**AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL - ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 630, § 2º, "A", DO CPC - DETERMINADA SUBIDA DO RECURSO ESPECIAL PARA MELHOR EXAME. DECISÃO Vistos.** Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu o prosseguimento de recurso especial manifestado com fundamento na alínea "a", inciso III, artigo 105, do permissivo constitucional, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que restou desta forma ementado: **"RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ATO JURISDICIONAL. CONDENAÇÃO CRIMINAL POR TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ERRO JUDICIÁRIO, COM POSTERIOR ABSOLVIÇÃO, EM REVISÃO CRIMINAL.** Segundo a moderna doutrina, o Estado responde pelos danos causados por atos jurisdicionais, nos termos do art. 5º, inc. LXXV c/c art. 37, § 6º, ambos da

*Constituição Federal. Absolvidos os ora autores em sede de revisão criminal, com força no art. 386, inc. IV do CPP, reconhecendo-se o erro judiciário latu sensu. DANO MATERIAL. A existência do dano material precisa ser provada no processo de conhecimento, ônus que é dos autores da indenizatória e do qual não se desincumbiram, no presente feito. QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL. O valor da indenização deve ser aferido diante de parâmetros balizadores existentes e das circunstâncias de cada caso, em face da subjetividade sempre presente em sua quantificação, atendendo, na hipótese de erro judiciário, ao caráter reparatório-compensatório e não punitivo, com preponderância de bom senso e da razoabilidade do encargo, bem assim com atenção aos valores arbitrados em outras indenizações análogas, quando existirem, evitando-se decisões díspares e incompreensíveis pelas partes. REEXAME NECESSÁRIO. CUSTAS. A condenação do Estado às custas do incidente de impugnação deve ser reduzida por metade, Aplica-se a Súmula n. 2 do extinto Tribunal de Alçada, que bem operacionalizou o Regimento de Custas (Lei Estadual n. 8.121/85, art. 11). Apelação parcialmente provida. Sentença parcialmente modificada em reexame necessário". Do exame acurado dos autos, conclui-se que os recorridos, após absolvição em revisão criminal de sentença proferida pelo Tribunal do Júri, a qual condenou-os a 7 anos de reclusão, propuseram ação ordinária de indenização contra o Estado (fls. 08/12). Julgada improcedente a ação com o fundamento principal de que o Estado não responde civilmente*

*pelas decisões do Tribunal do Juri, uma vez que este não proferi decisão técnica (fls. 32/50), apelaram os recorridos (fls. 52/64). O v. acórdão do egrégio Tribunal a quo, reformou, parcialmente, a r. decisão de primeiro grau valendo-se de fundamentos constitucionais (arts. 5º, X e LXXV, e 37, § 6º) e do artigo 630 do Código de Processo Penal. Sustenta o agravante, Estado do Rio Grande do Sul, em recurso especial, violação do artigo 630, § 2º, "a", do Código de Processo Civil, assim como a inexistência de erro judiciário no caso sub judice. É o sucinto relatório. Em face da circunstância de que não há, nesta Corte Superior de Justiça, entendimento pacificado acerca da matéria versada nos autos, temerário juízo de admissibilidade por ora. Ex positis, para melhor exame do thema decidendum, dou provimento ao presente agravo de instrumento, para determinar a subida do recurso especial. (AG 465277/RS – Rel. Min. Franciulli Netto - DJ 24.06.2004)*

*Responsabilidade civil. Estado. Serviço judiciário não imputável ao juiz. Dano moral. Quantificação. Responde o Estado objetivamente, na forma do art. 37, parág. 6º, da CF, pela negligência na manutenção dos serviços públicos da justiça, não imputáveis ao magistrado. Hipótese em que, por grave atuar culposos de serventuário, não baixando a carga de autos efetivamente devolvidos pelo advogado, apesar de insistentes reclamações deste, dá causa à infundada intimação para devolução dos mesmos, com expedição de mandado de busca e apreensão e instauração de procedimento disciplinar da OAB.*

*Dano moral fixado pela sentença em 100 salários mínimos: valor que, na hipótese, corresponde a justa reparação por esse prejuízo extrapatrimonial experimentado pela vítima. Conversão, contudo, em reexame necessário, em moeda corrente do valor estabelecido em salários mínimos, em atenção ao comando do art. 7º, IV, da CF. Recurso desprovido." (fls. 09) Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados. (fls. 15/16) Sustenta o agravante, nas razões do especial, que, em assim decidindo, o v. acórdão vergastado contrariou os arts. 131, I e 535, II, do CPC. A decisão de fls. 29/30 inadmitiu o recurso especial, assinalando como óbice ao seu trânsito a inexistência de omissão no acórdão recorrido, além da impossibilidade do reexame probatório dos autos. Nas razões de agravo de instrumento, o agravante infirma os fundamentos da decisão agravada, pedindo a sua reforma. Relatados, decido. Tenho que a presente postulação não merece prosperar. Quanto à pretensa omissão no julgado a quo, verifico que este enfrentou a questão posta em discussão, de forma que não há o que falar em violação ao art. 535, II, do CPC, não vislumbrando ter existido omissão a ensejar a anulação do v. acórdão recorrido. Na verdade, ao rejeitar os embargos declaratórios, o Tribunal a quo fundamentou seu posicionamento por entender não haver omissão a ser sanada. Vale lembrar que o julgador não está adstrito a fundamentar suas decisões utilizando-se dos argumentos ou dispositivos legais trazidos pelas partes, visando à defesa da teoria que apresentaram, devendo, apenas, decidir a controvérsia observando*

*as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente jurisprudencial, verbis: "INDENIZAÇÃO. PROJETO DE IRRIGAÇÃO. INUNDAÇÃO. FORÇA MAIOR. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO SUFICIENTE. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. - Não se acolhe a arguição de nulidade do julgado, quando contém ele a necessária fundamentação, apreciando as questões relevantes ao deslinde da causa. Inexistência de afronta aos arts. 458 e 535, I e II, do CPC. Recurso especial não conhecido." (REsp nº 361.084/AL Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, DJU de 16/09/2002, p. 00192) Com relação à suposta violação ao art. 131, I, do CPC, o acórdão recorrido manifestou-se com base nos fatos e provas carreadas aos autos e rever tal posicionamento demandaria reavaliar estes elementos, o que é defeso ante a Súmula 7 desta C. Corte. No ponto, vejamos fragmentos do v. acórdão recorrido o qual reforçam este entendimento, verbis: "Em primeiro lugar, como se observa do processado, o dano causado ao recorrido decorrera, a rigor, da culpa objetiva do serviço judiciário não imputável ao magistrado, vale dizer, a gritante negligência na manutenção dos serviços públicos da justiça. Com efeito, não fora a atuação da Serventuária responsável pelo expediente do Cartório do Juízo de origem, já que os autos cobrados do recorrido foram por ele devolvidos, sem que a serventia se dignasse de proceder à respectiva baixa, como era de seu peculiar dever, os fatos conseqüentes narrados na inicial, e cumpridamente demonstrados nos autos,*

*não teriam ocorrido. Portanto, embora seja absolutamente certo que o Estado não responde objetivamente pelos atos jurisdicionais do juiz, que demandam a prova do dolo ou fraude; igualmente é correto que, no caso, ao magistrado não se pode imputar os fatos que deram origem a presente ação, senão à negligência do servidor da justiça, que, com seu atuar culposos..." (fls. 10) Frise-se, por oportuno, que a hipótese em tela, não se cuida de valoração de prova, o que é viável no âmbito do recurso especial, mas de reapreciação da prova buscando sufragar reforma na convicção do julgado sobre o fato, para, in casu, se ter como não provado o que o Tribunal a quo afirmou estar. Nesse diapasão, transcrevo trecho de decisão exarada no AG nº 270.026/SP, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, DJU de 24.02.2000, verbis: "Na verdade, o acórdão decorreu de convicção formada pela Turma Julgadora ante as provas existentes no processo, e as razões justificativas do recurso atêm-se a uma perspectiva de reexame dessas provas. A esse objetivo, todavia, não se presta o recurso, de acordo com a doutrina e com a Súmula 7 do do STJ. Com efeito, inadmissível a reapreciação da prova produzida nos autos, e esta se dá, diferenciando-se da valoração da prova, "quando se aprecia a conclusão que se extrai dos elementos probatórios"(RTJ 81/964), ou quando se refere "à força de convicção dos elementos probatórios, concretamente" (RTJ 82/414), situação essa perfeitamente adequada ao caso, tornando inviável o recurso." Ante o exposto, NEGÓ SEGUIMENTO ao agravo, com arrimo no art. 557, caput, do Código de*

**Processo Civil. (AG 475252/RJ – Rel. Min. Francisco Falcão - DJ 17.12.2002)**

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAL E MORAL. DECRETO DE PRISÃO. ACÓRDÃO FULCRADO NAS CIRCUNSTÂNCIAS PECULIARES DA CAUSA. REEXAME DE PROVA – SÚMULA Nº 07/STJ.**

**1. Trata-se de recurso especial objetivando a improcedência de ação que julgou proveniente pedido de indenização por dano moral decorrente de excessivo prazo de prisão. 2. Em sede de recurso especial, como é elementarmente sabido, não há campo para se revisar entendimento de segundo grau assentado em prova, haja vista que a missão deste apelo é, apenas, unificar a aplicação e interpretação do direito federal. Incidência da Súmula nº 07, desta Colenda Casa Julgadora: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". 3. Agravo improvido (art. 544, § 2º, do CPC). Vistos, etc. O ESTADO DO RIO DE JANEIRO interpõe o presente agravo de instrumento (fls. 02/06) no intuito de reformar decisão que inadmitiu Recurso Especial sob os seguintes fundamentos (fls. 96): a) o recorrente não esclareceu "a que dispositivo de lei federal teria o V. Acórdão dado interpretação divergente da que é atribuída por outros Tribunais"; b) além disso, limitou-se "a transcrever ementas e trechos de decisões, sem promover o confronto analítico entre os julgados postos em conflito, descumprindo, assim, o art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça". O v. acórdão recorrido assim restou ementado (fls. 58): "SENTENÇA PENAL**



**ABSOLUTÓRIA. INJUSTA PRISÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Erro judiciário. Intangibilidade dos atos jurisdicionais. Sentença absolutória. Insuficiência de prova de culpa. Danos materiais e morais. Tempo excessivo de prisão. Inexistência de injusta prisão. Prisão temporária, convertida em provisória, justificada pelas circunstâncias de tempo e lugar. Pedido reparatório procedente com fundamento no excessivo prazo da prisão. Apelos voluntários. Sujeição ao duplo grau obrigatório de jurisdição. Pretensão de valores irreais. Dano moral. Princípio da razoabilidade". Inconformado, sustenta o agravante, em síntese, que no recurso fundado em dissídio jurisprudencial não se exige a demonstração do artigo de lei federal violado, eis que este é necessário quando o fundamento for a alínea 'a', do inciso III, art. 105, da CF. Ademais, afirma que o confronto analítico entre os julgados postos em conflito foi expressamente demonstrado, devendo ser o apelo especial conhecido e provido. O recorrente, ao interpor apelo especial fundado em divergência jurisprudencial, defendeu entendimento no sentido de que os atos de persecução criminal regularmente praticados são incapazes de gerar obrigação de indenizar. Foi apresentada contraminuta às fls. 103/106. Relatados, decidido. O agravo de instrumento em exame, para fazer subir o Apelo Extremo, não merece provimento. A razão dessa convicção decorre do exame do panorama formado no âmbito do processo, revelador de que a análise do recurso especial exige que seja reexaminada a prova dos**

*autos. Vislumbra-se, de modo muito evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao reexame dos elementos probatórios, conforme pode se constatar das razões desenvolvidas no aresto impugnado que, mantendo a sentença proferida pelo Sr. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Rio de Janeiro, adotou suas razões como fundamentos para decidir. Confira-se (fls. 55/57): "(...) 10.1 O dano genérico evidencia-se pelo só fato de privar-se alguém da liberdade, com toda a carga de sofrimento defluente; é o dano moral, que se presume, independentemente de prova objetiva, porque presumido é o constrangimento que tal situação inflige ao psiquismo humano. Já o dano material, como dado externo da realidade fática, carece sempre de comprovação, não se presumindo. Por isto é de albergar-se a ponderação ministerial quanto à incomprovação das perdas materiais alegadas pelo autor, na medida em que este não exercia atividade laborativa quando da sua prisão. ... 12. Todavia, a responsabilização civil não se sustenta, necessária e tão-somente, em atos ilícitos, podendo decorrer, também, e com amiúde assim se dá, de atos lícitos, desde que geradores do chamado dano injusto. A injustiça do dano, nas circunstâncias do caso concreto, situa-se, precisamente, na prisão por tempo superior ao que seria admissível. E a extrapolação deveu-se, em parte, à atuação de servidores, e, em parte, à negligência com que se desenvolveu o inquérito policial, a ponto de sequer remeter-se à devida perícia, fita gravada importante para o*

*conjunto probatório, e disto demorando-se meses para cientificar o Juízo, que aguardava a chegada desses elementos, preso o acusado, afinal absolvido pela insuficiência de provas negligentemente não reunidas ou porque não implementadas as exigências legais para sua validade. 13. No que respeita aos valores indenizatórios postulados pelo autor, tenho, uma vez mais, que razão assiste ao órgão ministerial. Os danos materiais, como sublinhado no item 10.1, supra, não são devidos porque improvados. Os danos morais, que se presumem, devem ser reparados, porém não na proporção estimada. A fixação do valor do dano moral conta com escassos parâmetros aferidores, dada à evidente impossibilidade de avaliação objetiva dos sentimentos de menos-valia a que submetida a vítima. A doutrina e a jurisprudência aconselham balizamentos que em verdade reduzem-se a dois – as condições econômico-sociais de autor e réu, e o princípio proibitivo do enriquecimento sem causa. Compulsados tais fatores em face das peculiaridades do caso, e tendo em consideração que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem mantido o intervalo entre 50 e 500 salários mínimos para a correspondência do dano moral em função da gravidade da ofensa, elevando-se o montante devido na medida em que haja perdas irreparáveis (deformações, incapacidades permanentes, morte), tenho por razoável o valor proposto às fls. 237". Grifei. A leitura da r. sentença revela que a valoração dos danos morais conforme fixada, se deu, exclusivamente, em razão das peculiaridades do caso*

**concreto, ou seja, com base, unicamente, no excessivo tempo de prisão do agravado. Situação completamente diversa daquela juntada aos autos e apontada como divergente. Desta forma, acolher a tese do agravante de que a prisão do autor foi absolutamente legal, implicaria no reexame dos elementos fático-probatórios, o que é inviável em sede de Especial, a teor do disposto na Súmula 07, desta Corte, in verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Em sede de recurso especial, como é elementarmente sabido, não há campo para se revisar entendimento de segundo grau assentado em prova, haja vista que a missão deste apelo é, apenas, unificar a aplicação e interpretação do direito federal. Por tais considerações, inviável se torna a pretensão da parte recorrente de que se realize o exame do processado. Este, em decorrência do acima exposto, não merece seguimento. Pelas fundamentações acima expostas e amparado no art. 544, § 2º, do CPC, e Súmula 07/STJ, NEGO provimento ao Agravo de Instrumento. (AG 288022/RJ – Rel. Min. José Delgado - DJ 03.05.2000)**

Observando a tendência jurisprudencial atual, relata DI PIETRO<sup>200</sup>: “Merece menção uma importante decisão do STF que pode significar mudança de orientação da jurisprudência no que diz respeito à responsabilidade do Estado por atos judiciais. Trata-se de acórdão proferido no Recurso Extraordinário 228.977/SP, em que foi relator o Ministro Néri da Silveira, julgado em 5-3-2002 (DJU de 12-4-2002). Nele se decidiu que a autoridade judicial não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados, devendo a ação ser proposta contra a Fazenda Estadual, a qual tem o direito de regresso contra o magistrado responsável, nos casos de dolo

---

<sup>200</sup> Ob. cit., p. 559.

ou culpa.” O entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais já existe, porém com certo comedimento ainda por parte dos tribunais pátrios, situação que tende a ter maior abrangência a partir de uma discussão mais ampla frente aos casos concretos que sejam trazidos à apreciação do Poder Judiciário e de uma visão pelos julgadores de real acesso à Justiça aos que se sentirem lesados pelas atividades danosas do Estado em qualquer de suas funções.

### **3. CONCLUSÕES SOBRE O TEMA**

Após a visualização do conteúdo exposto, pode-se denotar com que fragilidade foi construída a doutrina atual sobre o tema, porém denota-se também o início da construção de um novo tipo de pensamento teórico capaz de suplantar as amarras civilistas que prendem ainda o estudo acadêmico da responsabilidade estatal, especialmente por atos jurisdicionais, atrasando também a evolução jurisprudencial.

O alicerce civilista durou por bastante tempo, mas ruiu por falta de solidez, de solo hábil para a construção de uma estrutura teórica capaz de abarcar as situações vividas na atual sociedade. No entanto, sua construção ao longo da história do pensamento jurídico nos mostra a incessante busca do Direito pela equitativa distribuição dos ônus materiais e processuais.

A proteção da vítima hipossuficiente fez ecoar o grito por mudanças, como ocorreu em outras áreas do Direito como no Direito do Consumidor, no Direito do Trabalho, no Direito Ambiental, dentre outras. O equilíbrio da relação Estado-jurisdicionado deve ser mantido ao menos processualmente, visando o cumprimento da disposição do artigo 5º., inciso XXXV da Constituição Federal. O almejo de uma igualdade material em qualquer área do Direito instiga os juristas a procurarem soluções as mais equilibradas possíveis para a defesa dos princípios constitucionais e garantias fundamentais dos cidadãos.

As mudanças chegaram com a visão publicista do assunto, que dava maior nitidez e razoabilidade na resolução de conflitos. Ao trazer a teoria da culpa presumida para aplicação nos casos concretos, a jurisprudência francesa permitiu um salto qualitativo único na história, pela primeira vez com olhar de proteção ao direito da vítima primeiramente, não mais ao “bem comum” unicamente. Assim, a evolução começou na concepção publicista e não mais parou.

E esta é a visão que se tem hoje: a de constante evolução do pensamento doutrinário, procurando estabelecer os limites do poder estatal de forma clara e que não agrida aos direitos constitucionalmente reconhecidos. No tocante à responsabilização do Estado por atos jurisdicionais, o caminho começou a ser trilhado, pois aos poucos se abandona a idéia da irresponsabilidade do Estado para se abarcar algumas hipóteses (ainda obscuras, sem muita definição teórica precisa, com várias divergências doutrinárias) em que se possa compensar o prejuízo que a vítima sofreu, independentemente da natureza da atividade estatal.

Ante todas as considerações esposadas neste estudo, observa-se com grande contento que o Estado assumiu não somente a função de provimento e manutenção do “bem comum” mas também a garantia dos direitos dos cidadãos, mesmo contra seus próprios atos. Até mesmo os atos de natureza jurisdicional, revestidos do manto “sacralizado” da *res iudicata*, merecem limitação frente aos direitos e garantias dos cidadãos previstos na Constituição Federal e demais normas do ordenamento jurídico, pois o Estado está a serviço dos cidadãos que os compõem, que os mantêm institucional e financeiramente e que necessitam de seus serviços com qualidade em sua prestação.

Uma visão do Estado, como visto neste estudo, como fornecedor de produtos e serviços aos cidadãos, que são seus consumidores, faz com que tanto a doutrina quanto a jurisprudência tenham que repensar a atuação estatal em seus diversos âmbitos de modo bastante diverso do que se configura atualmente. Muito embora esta visão esteja mais sedimentada quando se fala nos atos de cunho administrativo, pois a discussão dos mesmos é mais acessível, não se pode dizer o mesmo quando analisados os atos jurisdicionais, isto sem mencionar os legislativos, que não são objeto deste trabalho.

Contudo, isto não justifica a falta de atenção e reflexão dos estudiosos do Direito no tocante à matéria, o que, em um futuro próximo, esperamos que esteja definitivamente sanado, para o bem dos cidadãos e do próprio Estado, que se motivará a prestar serviços aos cidadãos cada vez com maior qualidade e eficiência.

#### **4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

**AGUIAR DIAS**, José de. Da Responsabilidade Civil, v. 2, 10<sup>a</sup>. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

**ALTAMIRA GIGENA**, Julio I. Responsabilidad del Estado, Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1973.

**ALVIM**, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, vol. 2, 4<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

**BAHIA**, Saulo José Casali. Responsabilidade civil do Estado.

**BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, 17<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

**BARBI**, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, 5<sup>a</sup>. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988.

**BONVICINI**, Eugenio. La responsabilità per i danni nel Diritto delle obbligazioni, Milano: Ed. Dott A. Giuffrè, 1963.

**BRANDÃO**, Mariana Ribeiro. Medida cautelar de ofício.

**CAHALI**, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado, São Paulo: Ed. Saraiva, 1982.

**CAPPELLETTI**, Mauro. Juízes irresponsáveis?, tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

**CARVALHO NETO**, Inácio de. Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes.

**CAVALCANTI**, Amaro. Responsabilidade civil do Estado, vol. 1 e 2, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

**CAVALIERI FILHO**, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

**CHAPUS**, René. Droit Administratif Général, 12<sup>a</sup>. ed., Paris: Ed. Montchrestien, v. 1, 1995.

**CRETELLA JUNIOR**, José. Curso de Direito Administrativo, 17<sup>a</sup>. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.



-----O Estado e a Obrigação de Indenizar, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994.

**DEBBASCH**, Charles. Institutions et droit administratifs, tome 2, 4<sup>a</sup>. Ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

**DERGINT**, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

**DINIZ**, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro, vol. 7, 17<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

**DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 17<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

**FACHIN**, Zulmar. Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

**FIGUEIRA JUNIOR**, Joel Dias. Responsabilidade civil do Estado-juiz, Curitiba: Ed. Juruá, 1995.

**FISCHER**, Hans Albrecht. A reparação dos danos no Direito Civil, tradução de Antonio de Arruda Ferrer Correia, Coimbra: Ed. Arménio Amdo, 1938.

**GAGLIANO**, Pablo Stolze; **PAMPLONA FILHO**, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil, São Paulo: Ed. Saraiva, v. 3, 2003.

**GOMES**, Orlando. Obrigações, 16<sup>a</sup>. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

**GONÇALVES**, Carlos Roberto. Direito Civil: direito das obrigações, vol. 6, tomo II.

**GRECO FILHO**, Vicente. Direito Processual Civil brasileiro, 12<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

**HENTZ**, Luiz Antonio Soares. Direito Administrativo e Judiciário, São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1998.

**JUCOVSKY**, Vera Lúcia R. S. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil - Portugal, São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.

**LASPRO**, Oreste Nestor de Souza. A responsabilidade civil do juiz, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

**MARINONI**, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil, 4<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

**MEDAUAR**, Odete. Direito Administrativo Moderno.

**MEIRELLES**, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo, 18ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

**MONTENEGRO**, Antonio Lindbergh C. Responsabilidade Civil.

**NASCIMENTO**, Tupinambá Miguel Castro do. Responsabilidade Civil do Estado, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1995.

**NOBRE JÚNIOR**, Edílson Pereira. Responsabilidade civil do Estado e denúncia da lide, artigo publicado na Revista Juris n. 248 – JUN/98, p. 142.

**NUNES**, Rômulo José Ferreira. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, São Paulo: Ed. LTr, 1999.

**PEREIRA**, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil.

**SAAD**, Renan Miguel. O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris Ltda., 1994.

**SANTANA**, Jair Eduardo. Direito Administrativo, Belo Horizonte: Inédita Editoria de Arte e Publicidade, 1997.

**SERRANO JÚNIOR**, Odoné. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais, Curitiba: Ed. Juruá, 1996.

**SILVA**, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 18ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

**SILVA**, Juary C. A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos, São Paulo: Ed. Saraiva, 1985.

**SILVA**, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa, São Paulo: Ed. Saraiva, 1974.

**SIQUEIRA**, Maria Aparecida da Silva. Responsabilidade patrimonial do Estado por seus atos lícitos e ilícitos, artigo publicado na revista Júris Síntese n. 27, JAN/FEV-2001, p. 23-24.

**SOARES**, Orlando. Responsabilidade civil no direito brasileiro.

**STERMAN**, Sonia. Responsabilidade do Estado, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

**STOCO**, Rui. Responsabilidade civil e sua orientação jurisprudencial.

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, menu jurisprudência, sítio eletrônico localizado na internet através do endereço <<http://www.stj.gov.br>>

**TAWIL**, Guido Santiago. La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia, 2ª. ed., Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

**TOURINHO FILHO**, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal, 4ª. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

**VENOSA**, Silvio de Salvo. Direito Civil – responsabilidade civil, 3ª. ed., São Paulo: Ed. Atlas, v. 4, 2003.

----- . Direito Civil – parte geral, 3ª. ed., São Paulo: Ed. Atlas, v. 1, 2003.